

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA FUSION
DE
SOCIÉTÉS ANONYMES

Thèse pour le Doctorat

SOUTENUE LE VENDREDI 11 DÉCEMBRE 1908, A 1 HEURE 1/2

PAR

ROBERT GOMPEL

Président : M. LYON-CAEN, doyen de la Faculté.

Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{MM. THALLER, professeur.} \\ \text{WAHL, professeur.} \end{array} \right.$

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, rue Soufflot, 13

1908

DE LA FUSION DE SOCIÉTÉS

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA FUSION
DE
SOCIÉTÉS ANONYMES

Thèse pour le Doctorat

SOUTÈNUE LE VENDREDI 11 DÉCEMBRE 1908, A 1 HEURE 1/2

PAR

ROBERT GOMPEL



Président : M. LYON-CAEN, doyen de la Faculté.

Suffragants : { MM. THALLER, professeur.
WAHL, professeur.

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, rue Soufflot, 13

1908

A

M. SYLVAIN LÉVI

PROFESSEUR AU COLLÈGE DE FRANCE

En témoignage d'affection de son neveu.

INTRODUCTION

La crise économique qu'a provoquée la politique industrielle et financière des trusts américains pose à nouveau la question si complexe de la réglementation du mouvement de concentration des sociétés en sociétés plus fortes. Quel est l'avenir de ce groupement économique nouveau ? N'est-il qu'un acheminement vers la nationalisation des moyens de production, comme le prédit volontiers l'école collectiviste ? Ce sont là questions que nous ne poserons pas. Nous sommes en présence d'un phénomène de concentration que le législateur n'a pas prévu, mais dont les conséquences économiques et même politiques sont parfois si considérables, qu'il doit

intervenir. Il ne saurait être question d'une réglementation prohibitive; législateurs et auteurs sont d'accord pour reconnaître que la nouvelle expression de la concentration des capitaux est un stade de l'évolution économique, mouvement de concentration aussi irrésistible que celui des groupements humains; a-t-on jamais songé à interdire aux individus de vivre à leur gré, en villes et en villages? Si les individus se réunissent, se concentrent, c'est par une force irrésistible. Où est le danger? C'est que ces concentrations servent les intérêts égoïstes de quelques-uns, voire même d'un seul; le même danger peut naître de la concentration des capitaux (que l'on entende par là indifféremment numéraire et moyens de production); elle peut être l'occasion de tyrannies qui, nées des affaires, pourront un jour attenter à l'autorité de l'Etat.

Ce rapprochement avec le droit public va nous suggérer les idées à l'aide desquelles nous croyons devoir éclairer toute cette matière. Le droit public moderne a renoncé au rêve de petites sociétés fédérées entre elles, comme la forme la

plus compatible avec le maintien des libertés individuelles. On conçoit très bien qu'un Etat à population nombreuse, unitaire et centralisée, donne des garanties efficaces à l'individu. La sociologie actuelle ne condamne pas ces grandes agglomérations d'individus et d'intérêts dans lesquelles elle voit la croissance normale de la société ; et ce qui est vrai pour la société humaine, qui embrasse toute la vie des groupements, est aussi exact pour des groupements d'intérêts industriels, financiers et commerciaux. Mais ce que le législateur et la constitution d'un pays peuvent et doivent offrir aux individus, ce sont des garanties d'autant plus efficaces que la force des choses nous met en présence de forces plus concentrées. Il ne faut pas que la concentration et la centralisation du pouvoir politique aboutissent à la dictature politique ; de même, il faut lutter contre l'établissement de dictatures économiques par le renforcement du contrôle dans les trusts et autres modes de concentration de capitaux.

C'est en nous plaçant à ce point de vue que

nous jugerons le régime actuel de la fusion. La jurisprudence et même la doctrine semblent encore incertaines sur ce point. Allant au plus pressé et tenant avant tout à sauvegarder ses intérêts fiscaux, l'Etat a fait adopter, en matière de fusion, des principes qui ont pour résultat de frapper les apports réalisés par la société en vue d'aboutir à la fusion plus fortement, que ceux réalisés pour la constitution d'une société. C'est ainsi, uniquement au point de vue fiscal, que le problème de la nature juridique de la fusion se pose encore de nos jours. Le point de vue n'est pas complet et, par les intérêts financiers mis en jeu, court le risque d'être faussé. Ce n'est pas en frappant la fusion des sociétés d'un droit fiscal élevé qu'on arrive à défendre les citoyens contre les dangers de l'accaparement, c'est par l'établissement d'un contrôle plus complet et plus étendu, par l'intervention de la justice, par le renforcement de la responsabilité des fondateurs, du conseil d'administration, par la publicité donnée à la fusion, etc., etc. C'est à tous ces points de vue que la question doit être réglée.

Si, sans préjuger l'avenir et sans prendre parti pour telle école sociale, le fait de l'existence de groupements centralisés sur le terrain économique est certain, s'il est vrai que le législateur ne les a pas eus en vue en 1867 et, si l'exemple des Etats-Unis, où les trusts abondent, prouve que la législation de droit commun est insuffisante, il en résulte inévitablement qu'une législation d'ensemble doit être faite pour réglementer les situations juridiques auxquelles donne lieu la concentration des sociétés.

L'étude des causes de ce mouvement, des formes qu'il a revêtues suivant les pays et les coutumes, des avantages et des inconvénients qui en résultent, nous permettra d'aborder en connaissance de cause le problème de sa réglementation que, depuis presque vingt ans, le législateur américain n'a pas su résoudre pratiquement.

Pour le plan de cet ouvrage, nous avons songé surtout à nous inspirer des faits ; partant de ce principe, nous avons essayé, dans une première partie, la partie économique, et de donner l'impression de l'enchevêtrement des faits économi-

ques et d'y démêler la notion de la fusion ; dans une deuxième partie, la partie juridique, nous avons désiré préciser la nature juridique de la fusion telle que nous la livrait l'analyse des faits économiques. Dans ce dessein, nous avons fait une comparaison constante entre le contrat de fusion et celui de société, comparaison que commande l'analogie qui existe entre ces deux contrats. Enfin, dans un appendice, nous avons abordé un côté délicat de la question fiscale en matière de fusion.



PARTIE ÉCONOMIQUE

CHAPITRE I

LE MOUVEMENT ÉCONOMIQUE DE CONCENTRATION DES SOCIÉTÉS
S'IMPOSE COMME RÉPONDANT A UN STADE NOUVEAU DU MOU-
VEMENT DE CONCENTRATION DES CAPITAUX. — SES CAUSES.

« La société anonyme ordinaire », a pu se demander un auteur (1), « représente-t-elle le plus haut degré de concentration des capitaux dans l'industrie moderne ? N'est-elle pas dépassée par une forme nouvelle, qui s'est développée particulièrement aux Etats-Unis, et qui est ce que le public appelle généralement le trust, ce qu'on nomme aussi en Amérique, d'un terme plus compréhensif et peut-être plus juste, la combinaison industrielle, « industrial combination » ?

(1) Pierre LEROY-BEAULIEU, *Les Etats-Unis au XX^e siècle*, p. 232.

Quelle que soit la nature juridique de cette nouvelle forme de la concentration, qu'on lui reconnaisse les caractéristiques de la société ou de l'association, de la communauté ou de l'indivision, ses procédés de formation, ses conséquences économiques, sociales, parfois politiques, l'impossibilité où l'on est de lui faire l'application des principes juridiques qui dominent les actes législatifs concernant la forme de la société anonyme, sont des considérations qui indiquent assez que nous sommes en présence sinon du plus haut degré de concentration des capitaux, du moins d'un degré de concentration plus avancée où, non seulement les individus, mais des personnes morales anonymes, peuvent concentrer leurs moyens de production.

C'est à tort que l'on cherche à faire l'application à ces groupements nouveaux des dispositions de la loi de 1867; cette loi, en supprimant la formalité de l'autorisation administrative, devait, dans l'esprit de ses auteurs, faciliter les concentrations de capitaux rendues nécessaires par les besoins nouveaux de l'industrie; et c'est une idée à retenir, qu'à cette époque, le législateur dut intervenir pour encourager les capitaux à s'associer; ceci explique qu'il n'ait pas prévu ce que pourraient être les excès de la concentration qu'il stimulait; ceci indique quelle erreur il y aurait à vouloir rechercher des armes protectrices contre les combinaisons de sociétés actuelles dans la loi de 1867, qui ne les a pas pu prévoir.

Si, comme nous le croyons, ce mouvement est un mouvement d'évolution, il ne doit pas être question d'embarrasser sa route des obstacles que seront pour lui les principes juridiques qui commandent la législation sur les sociétés anonymes ; à un nouveau degré de concentration, il faut une réglementation législative nouvelle inspirée, sinon de principes juridiques nouveaux, du moins des leçons que l'expérience des faits nous a fournies.

Que le mouvement de concentration soit un stade de l'évolution économique, que, comme tel, il s'impose, telle est l'opinion du plus grand nombre des auteurs. Reed, qui a été speaker de la Chambre des représentants aux Etats-Unis, dans un article publié après sa mort, il y a cinq ans, dans la *North American Review*, montrait que les sociétés par actions sont nées du désir de diminuer les risques en limitant la mise et d'obtenir de meilleurs résultats par l'association ; il ajoutait : « Une nouvelle force a surgi : des Compagnies à leur tour se sont associées. »

Parlant d'une des expressions de ce mouvement de concentration, du trust, John Graham Brooks dit : « Le trust est venu d'une façon inévitable, en son temps, comme le partnership (c'est-à-dire l'association commerciale), ou comme la compagnie par actions. » « Cette création n'est pas l'œuvre du génie financier d'un homme, a-t-on dit en parlant de la formation du trust

géant de l'acier, de l'United States Steel Corporation, elle n'est pas le résultat d'une idée soudainement conçue ; elle est une phase dans une lente évolution, une conséquence d'événements qui l'avaient précédée. » (1) M. Jaskiowitch, un des promoteurs du trust métallurgique russe, et probablement son futur président, déclare que « c'est là le résultat de l'évolution métallurgique russe » (2).

Une autre expression du même phénomène économique de concentration des sociétés, le cartell, a provoqué les mêmes commentaires de la part des auteurs allemands et autrichiens. C'est une « nécessité économique », dit Grunzel, dans son livre *Über Kartelle* ; c'est aussi l'opinion de Gamp, de Gothein, de Landesberger, pour qui « le cartell est une forme de l'évolution économique correspondant à une tendance nettement accusée », de Simon, dont le Juristentag, réuni à Berlin en 1902, adopta la proposition de résolution qui reconnaissait notamment « la légitimité économique » des cartells (3).

Les hommes d'Etat eux-mêmes, que la loi, sous la

(1) WILLOUGHBY, *Corporation de l'acier et la grève de ses ouvriers en 1901* ; GLIER, *Zur Neuesten Entwicklung der amerikanischen Eisen-industrie*.

(2) Journal *Le Temps* du 5 mai 1908.

(3) Le *Juristentag* est un Congrès de droit public et privé que fréquentent les jurisconsultes, les magistrats, les avocats, les professeurs de droit et d'économie politique allemands et autrichiens.

pression de l'opinion publique, pouvait armer contre les expressions géantes et redoutables de cette concentration nouvelle, ont dû admettre qu'elle s'imposait, que, par tant, toute législation prohibitive pourrait être une cause de ruine peut-être, en tout cas, de bouleversement économique pour le pays qui l'entreprendrait. « Notre but, disait le président Roosevelt (1), n'est pas de faire disparaître les corporations ; au contraire, ces fortes combinaisons sont la conséquence inévitable du développement de l'industrialisme moderne ; tout effort pour les détruire serait inutile. . . . Nous devons avoir soin de ne pas arrêter les grandes entreprises qui ont réduit d'une manière légitime le coût de la production. » Un mois plus tôt, le 30 septembre 1902, au banquet des Master-Cutlers de Sheffield, M. Gérard Balfour, alors président du Board of Trade, parlait de la formation du trust de l'Océan comme d'un « développement inévitable » ; et d'un mot il indiquait que la mission du législateur était, non pas d'opposer des obstacles juridiques à l'inévitable économique, mais de veiller à ce qu'il se produisît avec le moins de désaccord possible.

L'école socialiste moderne n'est pas moins affirmative, et l'avis de ses représentants est d'autant plus intéressant à citer, qu'ils ont trouvé plus d'inconvénients au groupement de sociétés. En novembre 1902, M. Bernstein,

(1) Message du 4 novembre 1902. — C'est aussi l'esprit des derniers messages du 3 décembre 1907 et du 25 mars 1908.

au Reichstag, se refusait à admettre que les socialistes fissent preuve d'hostilité systématique contre les syndicats de production, « parce que, disait-il, les syndicats sont une forme économique qui, malgré ses inconvénients, présente aussi de grands avantages, parce qu'une forte organisation de l'industrie peut amener un plus grand équilibre entre la demande et la production. » (1)

Au cinquième Congrès international (Paris, septembre 1900), M. F.-M. Wibaut, résumant le sentiment de la Commission, déclarait que « la Commission regardait les trusts comme une nécessité, comme l'organisation naturelle d'une production rationnelle » ; il ajoutait que « nulle loi ne pourrait réprimer leur développement. » (2) M. Jaurès a, tout récemment, repris cette idée ; dans son discours sur l'article 1 du projet d'impôt sur le revenu actuellement en discussion, demandant une enquête sur le développement des trusts, cartells et comptoirs, il se défendait de le faire dans une pensée d'hostilité systématique. « Si utopistes que nous soyons, disait-il, nous avons la prétention, avant tout, d'examiner les faits, de les rechercher expérimentalement, et lorsque nous constatons qu'un mode nouveau de groupement, même entre capitalistes, répond à un moment nécessaire de l'évolution industrielle, nous nous appliquons, s'il le faut,

(1) RAFFALOVICH, *Trusts, cartells et syndicats*, p. 306.

(2) Mouvement socialiste, 22 février 1902 ; DOLLÉANS, *De l'accaparement*, p. 366.

à en corriger les excès, mais nous ne prétendons pas faire violence à l'évolution organique des choses ! Or, c'est une loi du monde économique, c'est une loi de la vie moderne que l'association y pénètre de plus en plus. » (1)

Les faits d'ailleurs ne commandent-ils pas aux plus puissants, à l'opinion ? Il n'est plus permis d'ouvrir une revue économique, un journal financier, sans y rencontrer presque à chaque page des avis de fusions de sociétés, des annonces de combinaisons industrielles ou financières, inspirées de cette tendance universelle à la concentration ; tendance universelle en ce sens que non seulement les industries la subissent, mais que les autres formes de l'activité commerciale n'y échappent pas ; il suffit pour s'en assurer de parcourir l'année financière 1906-1907 de M. Raffalovich, notamment les chapitres consacrés à l'Allemagne et aux Etats-Unis ; de la simple entente jusqu'à la fusion, toutes les expressions de la concentration des sociétés s'y rencontrent ; la nomenclature des fusions entre banques en Allemagne est plus spécialement intéressante. En Angleterre, même travail de concentration ; un financier, qui a coopéré à l'une des plus remarquables et des plus récentes fusions de banques, M. Fraser, vient, dans un intéressant travail qui porte sur dix années, de mettre en relief toute l'importance de cette œuvre de centralisation ; des banques se sont

(1) *Journal officiel* du 28 février 1908, p. 462.

fait une spécialité de développer leurs moyens d'action par la méthode souvent coûteuse de l'absorption ou, pour employer le terme usité, de l'« amalgamation » ; non moins de quatre-vingt-cinq opérations de ce genre ont eu lieu en Angleterre pendant les dix années 1897-1906 ; de ces quatre-vingt-cinq absorptions, soixante-huit sont l'œuvre de six banques (1).

Ce que nous rapportons des banques allemandes et anglaises n'est pas le fait de telle ou telle nation, mais le fait d'une évolution qui se reproduit sous toutes les latitudes : un exemple entre plusieurs, qui prouve cette assertion, est la fusion conclue dernièrement entre quatre banques mexicaines : le Mexican central, le Mexican national, l'International et l'Interocéanic ; le capital-actions s'élève à 230 millions et le montant des obligations à 417 millions de pesos (2).

La tendance à la concentration est manifeste ; telle est aussi, à propos des Etats-Unis, l'opinion de M. Pierre Leroy-Beaulieu : « La concentration est d'autant moins forte, dit-il, qu'il s'agit de produits plus diversifiés, plus fins et nécessitant une intervention personnelle plus constante du chef d'établissement, c'est-à-dire, en somme, se prêtant moins à la production en grand. Ainsi, les sociétés anonymes pour la filature et le tissage du coton fabriquent 90 % de la valeur brute des produits et

(1) *Moniteur des intérêts matériels*, n° du 24 janvier 1908.

(2) *L'Information*, 25 février 1908.

possèdent 73 % des établissements ; pour la bonneterie, la part des sociétés est seulement de 55 % des produits et de 34 % des établissements. Mais il est incontestable aussi que la concentration du capital, comme du travail, est loin d'avoir dit son dernier mot, qu'elle tend à envahir bien des industries qui l'ignoraient jusqu'à présent, comme le prouve l'exemple des industries de l'alimentation, du cuir et de bien d'autres, en Amérique, où cette évolution est beaucoup plus avancée qu'en Europe (1). Les machines agricoles offrent un exemple remarquable de la rapidité avec laquelle la concentration s'opère ; il y a quarante ans, leur fabrication appartenait surtout à la petite industrie, bien que la célèbre maison Mac Cormick remonte plus haut ; c'est, aujourd'hui, une branche de la grande industrie. En 1860, il n'existait pas moins de 2.146 fabriques de machines agricoles, mais chacune n'avait en moyenne que 6.500 dollars de capital, n'occupait que huit ouvriers et ne réalisait que 9.800 dollars de produits ; aujourd'hui, il n'y a plus que 715 établissements, mais leur capital moyen est de 220.000 dollars, ils occupent 65 ouvriers et donnent pour 141.000 dollars de produits chacun. (2) »

Que la concentration des capitaux, des sociétés, tende à envahir bien des industries qui l'ignoraient jusqu'à présent, la constitution du Comptoir français de vente

(1) Pierre LEROY-BEAULIEU, *op. cit.*, p. 231.

(2) Pierre LEROY-BEAULIEU, *op. cit.*, p. 212.

des tissus imprimés en est une preuve ; constitué, vers la fin de 1906, au capital de 600.000 francs, ce comptoir, véritable cartell qui contrôle les prix et la production de ses adhérents, chargé de la vente des déclassés et deuxièmes choix, est entré en fonctionnement dès le 1^{er} janvier 1907, pour une période de six ans ; la presque totalité des indienneurs ou imprimeurs sur tissus en fait partie (1).

Tout récemment, un nouveau trust métallurgique, à l'américaine, le trust de la métallurgie en Russie, est né, entraînant la constitution d'une nouvelle société, l'Union métallurgique russe, au capital de 150 millions de roubles

(1) Ont adhéré au contrat d'association : la Société en commandite par actions Besselièvre et Fils, au capital de 1.600.000 francs ; la Société anonyme des Indiennes françaises, 1.500.000 francs ; l'Association industrielle de l'Est, 3.600.000 francs ; la Société anonyme des impressions et tissus du Nord, 1.050.000 francs ; la Société anonyme des établissements Girard, 2.300.000 francs ; pour ne citer que les plus importants des adhérents au nombre d'une quinzaine. Un système d'amendes et d'indemnités pour infraction ou dissidence est, comme dans le cartell allemand, la caractéristique de ce Comptoir et en est aussi la garantie de bon et loyal fonctionnement pour les adhérents. Constitué pour maintenir les prix, ce Syndicat est même parvenu à les relever très sensiblement ; l'article de base de cette industrie, le calicot 20 X 20, vendu en octobre 1905, 0 fr. 40 avec 3 0/0, est sorti en octobre 1907-mars 1908 à 0 fr. 525 avec le même escompte ; la hausse du coton ne suffit pas à elle seule à justifier cette hausse des prix que, pour une part, la constitution du Comptoir a provoquée.

et destinée à absorber onze des sociétés adhérentes (1).

Enfin, pour terminer cette énumération de faits, une nouveauté non cataloguée ; après les trusts spéculatifs, de navigation, métallurgiques, de pétrole, etc., un trust d'un nouveau genre : « la plus importante Compagnie des docks de la Tamise aurait accepté, en principe, un arrangement que propose M. Lloyd-George, président du Board of Trade, pour le rachat des compagnies, en vue de la constitution d'un *trust administratif* qui deviendrait l'autorité du port (2). »

De ces faits, de ces opinions, se dégage l'idée que la concentration des sociétés s'impose inévitablement. Quelles causes a-t-on trouvé à ce mouvement économique ? « Certaines conditions spéciales, dit M. Raffalovich, semblent propices à l'organisation de ces ententes, notamment l'existence de droits protecteurs, qui mettent les producteurs à l'abri de la concurrence étrangère, qui leur permettent d'extraire le maximum des consom-

(1) Les principales sont : la Dniéprovienne, la Russo-Belge, la Makeevka, la Société de Briansk (Usine Alexandre), la Providence russe, la Société métallurgique du Donetz. (Cote de la Bourse et de la Banque, 13 mars 1908).

(2) La London and India Docks Company, dont il s'agit, a un capital de 13.349.000 livres sterling, dont 11.099.000 sous-crits et versés. Accepteraient l'offre du Board of Trade et seraient de la combinaison projetée : la Millwall Dock Company, qui a un capital de 1.590.000 livres sterling et la Surrey Commercial Docks Company qui en a un de 2.187.000 livres sterling. (*L'Economiste français*, 28 mars 1908, p. 450.)

mateurs indigènes. A côté des droits de douanes, il existe d'autres éléments, les uns d'ordre naturel, comme l'emplacement géographique, la rareté du produit, les autres d'ordre artificiel, comme les avantages concédés par les entreprises de transports, les avantages résultant de certaines dispositions fiscales ; la tendance à la concentration des entreprises, l'accumulation des capitaux, l'utilisation de la forme de la société anonyme ont été des adjuvants d'une grande puissance » (1).

De la tendance à la concentration des entreprises, de l'accumulation des capitaux, nous avons indiqué l'importance, par les chiffres rapportés plus haut. L'utilisation de la forme de la société anonyme, sans pouvoir être considérée comme la cause véritable du mouvement, en a été un adjuvant certain ; son rôle prépondérant ressort d'une manière saisissante du chapitre que le rapport du Census de 1900 intitule « Caractère de l'organisation des établissements industriels ». « Ces établissements s'y trouvent divisés en trois catégories, rapporte M. P. Leroy-Beaulieu, ceux qui sont la propriété d'un seul individu, ceux qui appartiennent à des sociétés en nom collectif, en commandite, ou toutes autres sociétés à responsabilité illimitée ; enfin, ceux qui appartiennent à des sociétés à responsabilité limitée. Rien ne se prête mieux à la concentration pour un même but d'une masse con-

(1) *Journal des Economistes* du 15 septembre 1902, article de M. Raffalovich sur les syndicats industriels en Autriche.

sidérable de capitaux, que la société anonyme à responsabilité limitée ; aussi tient-elle la première place dans l'organisation de l'industrie américaine. » D'après les chiffres rapportés par cet auteur, qui les emprunte au Censu de 1900, « en dehors des arts et métiers auxquels s'occupent les petits artisans individuels, près des deux tiers des produits proviennent des industries exercées par les sociétés anonymes ; les autres formes de sociétés en fournissent un peu moins du cinquième ; les industriels individuels en fabriquent moins d'un sixième » (1). Mais, ne l'oublions pas, malgré son importance, l'utilisation de la forme de la société anonyme n'est, selon l'expression de M. Raffalovich, qu'un adjuvant d'une grande puissance ; ce n'est pas une cause essentielle du mouvement de concentration des sociétés.

La distinction entre les éléments d'ordre naturel et ceux d'ordre artificiel, que nous retrouvons notamment à propos du trust dans les écrits de M. de Rousiers (2), aide à préciser les origines de certaines de ces formations économiques ; quelle que soit l'importance que l'on doive attribuer aux tarifs douaniers, on doit les faire entrer dans la catégorie des éléments d'ordre artificiel qui aident à l'éclosion de ces combinaisons. Mais il faut

(1) Pierre LEROY-BEAULIEU, *op. cit.*, p. 225 et suiv.

(2) Les industries monopolisées (trusts) aux États-Unis ; les syndicats industriels de producteurs en France et à l'étranger (trusts, cartells, comptoirs).

se garder de voir, dans l'un quelconque de ces éléments, d'ordre naturel ou artificiel, la cause essentielle de ce mouvement d'évolution. On a souvent prétendu que, notamment, la politique douanière de l'Allemagne, des Etats-Unis avait déterminé en ces pays la tendance actuellement si forte à la concentration. Cependant « l'Angleterre, le pays du libre échange, ne fait pas exception à l'évolution industrielle qui se manifeste partout ; le trust y apparaît avec toute la netteté de sa forme la plus absolue dans plusieurs grandes sociétés. Les combinaisons commerciales sont parvenues à grouper même les détaillants » (1). Si le mouvement que nous étudions avait dû être déterminé par telle politique fiscale ou par telle situation géographique, il n'eût jamais été sans doute qu'un accident localisé dans l'espace, il n'eût jamais été le mouvement d'évolution qui se manifeste partout. Tous ces éléments n'ont été que des coïncidences heureuses qui, sans doute, ont contribué au mouvement, favorisé l'évolution, mais ils n'y ont pas présidé.

La nouvelle forme de l'industrie appelait un nouveau groupement des capitaux ; l'emploi du machinisme moderne (c'est-à-dire de machines, dont la production, comparée à celle de l'ouvrier, est relativement illimitée) réclamait un emploi plus concentré du numéraire existant. Mais le machinisme a un inconvénient quasi-pério-

(1) DOLLÉANS, *De l'accaparement*, p. 291 ; Macrosty, *Trusts and the State*.

dique : il aboutit à la surproduction, quand la demande ne se maintient pas, ou quand l'offre est mise à même de la dépasser par suite des perfectionnements de l'outillage : il y a crise. « Le 9 mai 1873, dit M. Schonlank, lorsque tinta à Vienne le glas de l'essor économique, sonna l'heure de la naissance des cartells », et M. Grunzel, qui reprend ce mot pour son compte, est tout disposé à accepter la crise de 1873 comme l'origine du mouvement. De même « on dit généralement que la grande crise de 1884 à 1886 avait rendu nécessaire la constitution du trust américain du sucre » (1).

Que les crises économiques aient eu leur rôle dans l'histoire de cette évolution, ce n'est pas à nier, mais elles ne sont pas à retenir comme sa cause déterminante ; elles créèrent ici et là l'occasion qui fit éclore ces combinaisons nouvelles ; elles n'ont pas plus d'importance que les éléments d'ordre naturel ou artificiel que nous avons déjà rencontrés. C'est au machinisme qu'il faut remonter, c'est jusqu'à lui qu'il faut pousser l'analyse pour rencontrer, sinon la cause fondamentale unique de ce mouvement d'évolution, du moins celle qui permet d'expliquer que ce mouvement se reproduise en tous pays, quel que soit son régime douanier ou sa situation géographique. C'est lui qui a provoqué la concentration des capitaux, lui encore qui a provoqué les crises écono-

(1) DE ROUSIERS, *Les Industries monopolisées*, p. 135.

miques ; ainsi, indirectement, il a provoqué les individus à s'entendre pour réglementer leur production, les Etats à abriter leur industrie derrière des barrières douanières élevées pour endiguer le flot de la production des industries étrangères qui avaient pris l'avance. N'est-ce pas la politique économique de List, de Carey, mise en pratique ? N'est-ce pas l'histoire de l'avance considérable prise par l'industrie anglaise sur le marché mondial, obligeant de jeunes puissances économiques, comme les Etats-Unis et l'Allemagne, à protéger leur marché intérieur contre l'invasion des produits anglais, pour laisser à la jeune industrie indigène le temps de se fortifier ? Mais n'ayant qu'un marché intérieur et étroit, pour toute clientèle, ces industries naissantes surproduisent et, trop faibles pour concurrencer encore leurs rivales anglaises, sur le marché extérieur, avec l'excédent de leurs produits, elles subissent des crises intérieures qui les conduisent à se grouper pour mieux réglementer leur production sur le marché national, pour être plus fortes sur le marché extérieur. C'est donc bien les progrès du machinisme et non la crise qui préside au mouvement d'évolution ; et les tarifs douaniers eux-mêmes ne sont qu'un élément accidentel et favorable qui l'accompagne. Ainsi peut-on s'expliquer que l'Angleterre connaisse aussi ces combinaisons nouvelles, sous un autre régime de tarifs que le régime protectionniste ; quelle que soit la politique douanière en vigueur, le machinisme moderne a ten-

dance à surproduire ; c'est à l'encontre de cette surproduction que va la concentration des individus, de leurs industries, de leurs capitaux. (1) Et, si cette concentration est un mouvement d'évolution qui s'impose, c'est qu'elle a sa cause dans des progrès scientifiques que la pratique économique s'est assimilés, c'est qu'elle est le produit d'une tendance sociologique au groupement plus forte que les lois et qui s'impose à toutes les formes de l'activité humaine, aussi bien aux hommes qu'aux industries qu'ils créent, aux capitaux qu'ils mettent en mouvement.

(1) « Dans des milliers d'années, » écrit M. BERGSON dans son *Evolution créatrice*, « quand le recul du passé n'en laissera plus voir que les grandes lignes, nos guerres et nos révolutions compteront pour peu de choses, à supposer qu'on s'en souviennne encore ; mais, de la machine à vapeur, avec les inventions de tout genre qui lui font cortège, on parlera, peut-être, comme nous parlons du bronze ou de la pierre taillée : elle servira à définir un âge. » *Op. cit.* p. 150.



CHAPITRE II

DE LA CLASSIFICATION ET DE LA DÉNOMINATION DES EXPRESSIONS DE LA CONCENTRATION DES SOCIÉTÉS.

§ 1. — *Notions générales.*

Comment dénommer cette nouvelle expression de la concentration des capitaux ? Le terme société ne pouvait être employé, d'abord parce qu'il concerne plus spécialement la réunion de capitaux appartenant à des individus isolés, puis parce que la nouvelle expression de concentration se manifeste sous des formes multiples, très différentes entre elles, et qui souvent se traduisent par des contrats qui ne peuvent juridiquement être assimilés à des contrats de société. Ainsi, la pratique, la jurisprudence aussi bien que la doctrine, furent amenées à employer, pour caractériser ce nouveau fait économique, des termes qui varient non seulement d'après les pays, les coutumes, mais encore d'après les formes juridiques que revêt le contrat qui consacre cette nouvelle expression de la concentration des capitaux. Ainsi les mots « trust, cartell, fusion », qui sont parmi les plus

fréquemment employés, quand on veut parler de la concentration des sociétés, sont des termes trop peu définis, auxquels on prête souvent des sens très éloignés que, trop souvent aussi, l'on confond. Les termes généralement employés : trust, fusion, alliance, entente, omnium, etc. sont autant d'expressions vagues qui veulent nuancer à l'infini le même phénomène économique de concentration des sociétés et dont le nombre n'a fait qu'ajouter à la confusion qui règne en cette matière.

Le mot « fusion » est si peu défini qu'il a servi à la fois au langage économique, où il comprend toutes les manifestations de cette forme nouvelle de concentration de capitaux, et au langage juridique où nécessairement il est resté vague, parce qu'il ne doit y être entendu que dans un sens strict, moins compréhensif que le sens économique qu'il a, et certainement exclusif de tous les contrats qui ne répondent pas au type juridique et bien strictement défini du contrat de fusion. Il est donc nécessaire d'employer une terminologie pour les expressions économiques de cette forme de concentration des capitaux, et une autre terminologie pour celle de ces expressions économiques que le juriste isolera, dont il fera le prototype juridique des contrats qui consacrent cette concentration nouvelle.

Le mot « trust » n'est d'ailleurs pas moins vague que le terme fusion. Bien plus, il est d'autant moins précis que, objet de législations étatiques, dans une confédération

d'Etat, il n'est nulle part identique à lui-même, dans le pays qui l'a le premier et le plus employé. On doit remarquer que peu de mots nouveaux ont eu la fortune étonnante qu'a ce terme « trust ». Employé à l'origine dans son sens étymologique de « fidéicommiss », pour caractériser certaines banques de dépôts, bientôt il a été synonyme de « concentration de capitaux employés industriellement » et sa fortune, depuis, n'a fait que croître. Alors que, de 1860 à 1893, le capital actions de toutes les consolidations industrielles n'a pas atteint un milliard de dollars ; de 1898 à 1900, en trois ans, il a été créé 149 groupements avec 3.128 millions (1). Traversant l'Atlantique, le trust devint, de ce côté de l'Océan, le mot à la mode qui sert à dénommer toutes ces formes nouvelles, pour la plupart peu connues, pas étudiées au point de vue juridique et par lesquelles se traduit le mouvement de concentration des sociétés en sociétés plus fortes. D'où ces confusions, devenues non moins répandues que le mot trust lui-même, par lesquelles on voulut donner l'explication de ces faits nouveaux. Le trust devint aussi l'épouvantail dont on se sert aujourd'hui pour avertir l'intérêt public du danger politique et social que peuvent occasionner ces concentrations de sociétés. D'où ces erreurs vulgarisées par les publicistes, qui font du trust, du cartell, aussi bien que de la fusion, des synonymes de l'accaparement.

(1) RAFFALOVICH, *op. cit.*, p. 106.

Il est inexact, pensons-nous, pour définir le trust ou telle autre expression du même fait de concentration des sociétés, de dire : le trust est un monopole, le trust est un acheminement au monopole, à l'accaparement. En procédant ainsi, on confond les effets avec la cause qu'on veut définir et c'est d'autant plus grave en cette matière qu'il est discutable que la cause, le trust, doive avoir nécessairement pour effets ceux qu'on lui suppose. C'est une confusion du même ordre que celle à laquelle on aboutirait si l'on voulait donner du cours d'eau cette définition que « c'est une eau qui va à la mer ». Outre qu'il est des cours d'eau qui se jettent dans des lacs, il en est d'autres qui restent en nappes souterraines, comme il en est encore qui se perdent dans les sables du désert. La crise américaine actuelle où se débattent tant de trusts puissants hier, chancelants aujourd'hui, nous enseignera peut-être demain que les trusts ne mènent pas au monopole. En attendant l'enseignement que nous apportera l'avenir, il n'est pas de peu d'intérêt d'indiquer quels sont les domaines différents du trust, du monopole, de l'accaparement ; si nous choisissons le trust pour la discussion, c'est qu'il est celui des modes de concentration des sociétés que l'on a le plus tendance à identifier avec les situations économiques dont nous allons essayer de le distinguer.

Le trust, que nous ne cherchons pas à définir ici, a-t-il pour effets l'accaparement, le monopole ? Le pre-

mier, de durée éphémère, a été appelé accaparement de spéculation ; le second, considéré comme durable, a été considéré comme un accaparement de production (1). Précisément en ce sens, M. de Rousiers considère le trust comme un monopole parce qu'il vise à accaparer de façon durable les moyens de production, et le différencie de l'accaparement parce qu'il n'est pas éphémère comme l'opération rapide et essentiellement financière qui caractérise cette dernière situation (2). « Peut-être est-il exagéré de croire, dit un autre auteur (3), que toutes les grandes « combinaisons industrielles » américaines, les trusts, visent l'accaparement du marché d'un produit et le contrôle absolu des prix. Il serait, en tous cas, beaucoup plus exagéré encore de croire qu'ils y réussissent. »

Voici donc un premier point reconnu, le trust ne peut être confondu avec l'accaparement ; reste à le distinguer du monopole. Si pareille confusion a été faite, c'est qu'un des objets reconnus du trust est d'atténuer la concurrence ; si l'on peut concevoir que cette concurrence disparaisse complètement, par suite de la politique économique du trust, l'objet de ce dernier est dépassé, il a pour effet de créer un monopole, sinon légal, du moins

(1) DOLLÉANS, *op. cit.*, p. 8.

(2) DE ROUSIERS, *Les Industries monopolisées aux Etats-Unis*. Préface.

(3) M. Pierre LEROY-BEAULIEU, *op. cit.*, p. 233.

de fait. Cette politique économique provoque alors, par ses résultats possibles, l'intervention du législateur, fait que nous voyons se produire actuellement aux États-Unis. Mais les faits, les chiffres, mieux que les phrases, prouvent quelle est l'erreur de ceux qui pensent que « le trust est un monopole », que « le monopole ébauché par les pools, syndicats et cartells, s'achève dans les trusts ». « Contrairement à certaines légendes, dit un économiste (1), ces trusts n'offrent nul danger d'accaparement. Les plus puissants d'entre eux sont loin de détenir le monopole de la marchandise dont ils trafiquent. Le trust de l'acier, United States Steel Corporation, lors de sa fondation en 1901, fournissait en fonte 43 %, en acier 66 % de la production totale des États-Unis. Depuis six ans, bien que la fabrication du trust, accrue de plus d'un quart, soit passée de 17 à 23 millions de tonnes, l'importance générale de ses affaires, par rapport à l'ensemble du marché américain, a plutôt déchu : elle représente aujourd'hui 44 % de la fonte et 60 % de l'acier. Le trust des pétroles, Standard Oil Company, extrait seulement le sixième des 135 millions de barils recueillis annuellement sur le territoire de l'Union... Le trust des cuivres, Amalgamated Copper Company, passe pour avoir été fondé en 1899, dans l'espoir chimérique de

(1) M. D'AVENEL, à qui nous empruntons les chiffres suivants, extraits d'un article sur les États-Unis, paru dans la *Revue des Deux-Mondes* du 1^{er} octobre 1907.

« contrôler » la production cuprifère du monde. Plus tard, ses prétentions furent plus modestes et il eut seulement la prétention de contrôler la production des États-Unis. En fait, il ne contrôle même pas aujourd'hui, malgré ses 800 millions de capital, la production entière du Montana. Le trust des sucres, American Sugar Refining Company, raffine environ 70 % de la production totale des États-Unis, mais les États-Unis achètent à l'étranger quatre fois plus de sucre qu'ils n'en fabriquent. » Ces chiffres sont d'autant plus probants, que ce sont des trusts que l'on cite le plus volontiers pour prétendre que trust et monopole ne font qu'un. Si les trusts ne mènent pas à l'accaparement, s'il est vrai qu'ils ne permettent même pas d'atteindre au monopole de fait, c'est que la concurrence ne peut être empêchée dès que les prix sont rémunérateurs ; c'est ce que fait remarquer M. Gothein, dans la *Nation*, en réponse à la thèse soutenue par M. Grunzel, à propos des cartells ; « malgré l'existence des cartells, dit-il, la concurrence a reparu, dès que leurs exigences ont été déraisonnables, dès que leurs bénéfices ont paru suffisants pour attirer des capitaux et des intelligences. » C'est aussi l'opinion de M. Eulenburg, telle qu'elle est rapportée par M. Raffalovich (1).

Non seulement la concurrence n'est pas étouffée, mais elle est souvent provoquée par ces combinaisons indus-

(1) *Op. cit.*, p. 289.

trielles et financières. M Yves Guyot, commentant les chiffres reproduits par le *Journal of Commerce* de New-York, du 3 janvier 1903, dans un article sur la situation de l'industrie du fer aux Etats-Unis en général, et de la Steel Corporation en particulier, constate qu'il résulte de ces chiffres que la Steel Corporation représente 80 % du capital des établissements sidérurgiques des Etats-Unis, tandis qu'elle ne produit que 60 % ; il en conclut que le pouvoir concurrent des établissements indépendants doit être, toutes choses étant égales d'ailleurs, fortifié par le moindre poids du capital qu'ils ont à supporter. Et il ajoute : « soit que le trust réussisse ou qu'il succombe, il n'en reste pas moins ce fait qu'il a provoqué la concurrence, fait caractéristique de ce que réserve l'avenir à l'industrie monopoliste. » La même constatation est faite par M. Raffalovich, à propos des cartells(1). « Il n'est pas juste, dit-il, de dire qu'il suffit qu'un cartell s'établisse pour tuer toute concurrence : il la provoque parfois et cela d'une façon inattendue. Les usines sidérurgiques ont voulu s'affranchir du syndicat de la houille Rheno-Westphalien ; celles qui l'ont pu, ont acheté et exploitent elles-mêmes des mines ; la production des charbonnages indépendants ne cesse d'augmenter ; en 1899, elle représentait 41,9 % du total ; 42,6 % en 1900 ; 43,4 en 1904. Il en est de même pour les lamineries qui possèdent des hauts-fourneaux. » Les

(1) *Op. cit.*, p. 11.

chiffres que nous avons rapportés plus haut, d'après M. d'Avenel, seraient à citer de nouveau ; sans doute le trust de l'acier est encore debout aujourd'hui, mais nous savons que sa production n'atteint plus le pourcentage de la production totale des Etats-Unis qu'il atteignait en 1903 ; pour la fonte notamment, il ne contribue plus que pour 44 % à la production totale. Ainsi la concurrence n'est pas « tuée », et les statistiques tendent plutôt à prouver le contraire.

Cependant l'on pourrait croire que si la concurrence subsiste, elle n'existe plus qu'entre la grande et la moyenne industrie ; que la petite industrie a dû disparaître, ce qui permettrait alors de penser que, si toute concurrence n'est pas tuée, celle de la petite industrie a été supprimée cependant. Telle n'est pas la conclusion qui s'impose : en Amérique, le pays de la concentration par excellence, les grandes et moyennes industries ont encore laissé une large place à la petite. « Les chiffres que nous avons donnés (et auxquels nous renvoyons) le prouvent, dit M. Pierre Leroy-Beaulieu (1). Il convient même de noter que toute grande industrie, en naissant, crée généralement à côté d'elle de petites industries accessoires, ne fût-ce que pour les réparations de ses produits. Ainsi, même en ce pays d'Amérique où l'on répare peu, on relève, parmi les arts et métiers, 85 ateliers de réparations de machines à écrire, 396 machines

(1) *Op. cit.*, p. 213.

à coudre, et 6.331 ateliers de réparations de bicycles et tricycles ! Ainsi, malgré les progrès de la grande industrie, malgré le rôle croissant qu'elle joue dans la production, on ne saurait dire que la petite soit près de disparaître. »

La conclusion qui s'impose, à la lecture de ces chiffres, est que le législateur ne devra pas les négliger, quand il voudra réglementer les formes de la concentration nouvelle.

Il devra noter que ce n'est ni une forme de l'accaparement, ni un monopole de fait qu'il doit enfermer dans des limites légales ; il devra retenir ces constatations intéressantes que, non seulement la concurrence n'est pas tuée, mais que la concentration nouvelle stimule la moyenne et la petite industrie dont l'évolution est curieuse à constater.

§ 2. — *Comment classer les dénominations multiples de la concentration des sociétés.*

On ne conçoit pas que la question de la réglementation puisse être posée, avant que les diverses et nombreuses expressions de la concentration des capitaux soient, sinon définies séparément chacune, du moins classées de telle sorte que disparaisse le désordre apparent des faits. Ce sont deux points de vue différents auxquels nous pouvons nous placer tour à tour : le point

de vue économique qui comporte la complexité même des faits ; le point de vue juridique, plus simple que le premier. Juridiquement, en effet, nous aurons à rechercher quels sont les traits caractéristiques d'un type juridique de la concentration des sociétés ; ces caractéristiques indiquées, nous éliminerons de notre étude toutes les expressions économiques qui ne comprendront pas chacun des traits considérés par nous comme essentiels du type choisi. Nous serons amenés ainsi à constater que certains trusts, par exemple, répondent dans tous leurs éléments de formation à ce type établi ; que certains autres ne rentrent pas dans notre définition juridique.

Le point de vue économique est nécessairement moins simple ; sa complexité est celle même des faits. Plus compréhensif que le point de vue juridique, il comprend le type juridiquement établi qui ne peut être considéré que comme une expression de plus d'un même phénomène économique. Il ne s'agit plus de rechercher un critérium permettant de distinguer immédiatement le type juridique de ses autres modalités économiques. Il faut, non plus comparer chaque fait rencontré à un même fait toujours identique à lui-même, mais comparer entre eux les faits rencontrés, les distinguer les uns des autres, les classer suivant leurs caractères différents ou communs.

Ainsi, deux points de vue différents, mais aussi deux résultats : l'étude des faits, dans le domaine économique,

nous conduira à une classification nécessairement empirique ; dans le domaine juridique, par l'étude des mêmes faits, nous rechercherons un critérium de distinction.

C'est au point de vue économique que nous nous plaçons ici. Les expressions par lesquelles on dénomme les différentes manifestations de la concentration des sociétés sont nombreuses, et il est difficile à priori de justifier un ordre quelconque d'énumération : *pool*, *cartell*, *syndicat de productions*, *fusion*, *trust*, *omnium*, *alliance*, *annexion*, *absorption*, *rings*, *corners*, *agreement*, *combination*, *confederation*, *understanding*, *amalgamation*, sont les plus répandues de ces multiples expressions, qui ne disent sans doute pas tout ce qu'on entend leur faire dire, puisque souvent on en emploie deux à la fois pour mieux caractériser un fait qui échappe à l'analyse : c'est ainsi que l'on considère que « certains cartells sont de véritables trusts » ; sans parler ici de la confusion faite entre *trust*, monopole, accaparement, dont nous avons déjà parlé et qui ne fait qu'ajouter au manque de précision de la terminologie employée.

Cependant, dans ce chaos, un fait doit nous frapper : toutes ces expressions si nombreuses trahissent, par leur nombre même, une inégalité de degré dans la concentration des sociétés. Le mot *entente* ne peut vouloir exprimer un état de concentration aussi avancé que celui indiqué par le mot *fusion*. Que l'on confonde les ter-

mes trust et fusion, est encore explicable, parce que les deux mots traduisent souvent un même état de concentration, comme nous le verrons. Mais la confusion n'est plus possible, quand l'on compare la simple entente entre sociétés à ce que pourrait être leur fusion, bien qu'il y ait dans les deux cas un contrat passé entre les deux ou plusieurs personnes morales que sont les sociétés, bien que dans les deux cas l'on vise à transformer une concurrence nuisible en une neutralité, sinon une alliance d'intérêt ; mais déjà l'on voit ici combien il est difficile d'employer ces termes de fusion, entente, alliance, qui sont tous à plusieurs sens ; la terminologie employée est si peu précise que l'on parle d' « ententes qui sont des fusions », alors que, d'autre part, on songe à distinguer l'entente de la fusion.

Il est à retenir seulement que le caractère commun à toutes ces expressions économiques de concentration est qu'un contrat intervient. C'est un premier point acquis et essentiel ; car, ceci reconnu, nous pourrions toujours imaginer une classification de ces faits, d'après les restrictions plus ou moins nombreuses que ces contrats apporteront à la liberté des parties contractantes. En quoi consiste cette liberté des parties ? C'est, pour celles-ci, le droit :

- 1° d'entendre leurs intérêts comme bon leur semble ;
- 2° de gérer leurs affaires à leur gré ;
- 3° de disposer librement de leurs capitaux.

Supposons successivement qu'un contrat supprime d'abord la liberté d'entendre librement ses intérêts, puis la liberté de gestion, enfin, celle de libre disposition des capitaux.

1. — On conçoit qu'un contrat puisse intervenir qui, sans toucher aux deux libertés de direction des affaires et de libre disposition des capitaux, limitera ou annihilera les effets de la concurrence à l'égard des deux parties. C'est ainsi que deux sociétés pourront décider qu'elles s'en tiendront chacune à ne monter de succursales que dans telles régions, à l'exclusion de celles où se développe la société naguère concurrente. C'est une situation analogue à celle de droit public, où deux Etats limitent leur zone d'influence, dans telle contrée éloignée.

2. — D'autres contrats, déjà plus restrictifs de la liberté des parties, pourront leur commander l'unité de direction, tout en laissant séparés les patrimoines en présence. Ainsi, deux sociétés dont les conseils d'administration prennent leurs décisions en commun, sans toutefois que les patrimoines ni les comptabilités soient amalgamés. Ainsi, pour continuer le parallèle avec le droit public, la situation de chacun des Etats d'Amérique, qui, maîtres chacun chez eux, pour ce qui regarde les choses de politique intérieure, sont dirigés par une même volonté, pour tout ce qui regarde la politique extérieure.

3. — Enfin, plus restrictifs encore, d'autres contrats pourront, non seulement commander aux parties contractantes l'unité des intérêts, l'unité de direction, mais leur imposer de fondre leurs capitaux en une même masse, de ne plus avoir de comptabilités séparées. C'est le trait caractéristique essentiel des fusions juridiques, de certains trusts. C'est, en droit public, l'annexion d'un Etat à un autre, l'absorption d'un Etat ou de plusieurs par un autre, et, nous devons remarquer que les situations en droit public et dans les faits économiques sont à ce point identiques, que l'une emploie exactement la même terminologie que l'autre : l'on dit aussi bien annexion, absorption que fusion.

Ainsi, nous pouvons reconnaître trois sortes de contrats de concentration, suivant qu'il s'agit des intérêts, de la direction, des capitaux. Nous définirons ces trois ordres de faits : le premier, concentration des intérêts ; le deuxième, concentration des éléments de direction ; le troisième, concentration des éléments capitaux. Mais nous ne pouvons pas nous contenter de les définir ; il faut encore les dénommer, et nous savons quelle importance a la terminologie, en cette matière où, si règne la confusion, c'est beaucoup à cause de l'imprécision des termes employés. Nous appellerons « entente » la concentration des intérêts, le mot entente nous semblant bien vouloir dire que la liberté des parties reste entière pour chacun dans sa sphère, que le seul engagement

pris est de ne pas se nuire, de ne pas se faire une concurrence nuisible qui peut être évitée. L'unité de direction sera dénommée « alliance ». N'est-ce pas en effet le rôle de l'alliance d'exiger, non plus seulement des parties le devoir négatif de ne pas se nuire, mais de leur imposer un devoir positif, celui de s'aider, se soutenir, s'allier pour la concurrence offensive ? Quant à la dénomination de la concentration des capitaux, elle est indiquée : le mot fusion doit être employé, et nous verrons qu'au point de vue juridique nous ne pourrons pas employer de terme plus précis, pour le type juridique de concentration des sociétés que nous définirons.

Là encore, à propos des termes employés, nous remarquons que le droit public ne se sert pas d'autres termes pour des situations identiques. Entente ? n'est-ce pas l'obligation, la plus souvent négative, de ne pas se nuire, que consacre le partage des zones d'influence ? Alliance ? n'est-ce pas encore l'obligation positive d'aide, d'assistance ? Enfin, le mot fusion, s'il n'appartient pas lui-même à la terminologie du droit public, lui appartient encore par ses synonymes : annexion, absorption.

Tel est le cadre dans lequel rentrent toutes les expressions économiques ou juridiques de la concentration des sociétés ; il nous sera facile ainsi de reconnaître la véritable nature de chacun de ces faits à dénominations multiples et vagues ; dès lors, ils deviennent faciles à préciser, à condition que l'on ne reste pas

esclave des dénominations employées : ainsi, pour prendre un exemple, si l'on veut classer dans une des trois catégories proposées toutes les formations économiques que l'on dénomme trusts, ce ne sera pas possible ; tout au plus pourra-t-on reconnaître que la majorité des combinaisons dénommées trusts rentre dans la catégorie des combinaisons de capitaux ; le trust du sucre rentre dans cette catégorie ; le trust de l'Océan, au contraire, ne saurait y être admis que pour partie, par suite de la nature du contrat passé avec les compagnies allemandes, contrats qui n'entraînent pas la fusion des capitaux, mais seulement l'accord des deux directions, en vue « d'une alliance offensive et défensive par laquelle le syndicat américain et les deux sociétés allemandes s'engagent à s'entr'aider contre les attaques de la concurrence » ; ce sont les termes mêmes de la convention. De même, le trust de l'acier ne fusionne pas les capitaux des sociétés en présence ; c'est en fait un omnium, une société actionnaire qui détient la majorité ou une part prépondérante du capital-actions des différentes sociétés, dont les intérêts doivent être conciliés. En fait, ces combinaisons ont les mêmes résultats que les trusts qui amalgament leurs capitaux ; mais les conséquences en sont autres, en ce sens qu'elles échappent, en France, aux formalités de la vérification des apports auxquelles sont soumises les combinaisons où les capitaux sont fusionnés et qui peut entraver « l'overcapitalisation », le

« stock watering » toujours à craindre avec ses combinaisons plus financières qu'industrielles.

Si nous revenons à la classification proposée, nous constatons qu'en résumé l'entente comprend toutes les combinaisons ayant seulement pour but d'éviter que les parties en présence se fassent concurrence, sans que les capitaux soient combinés ; l'alliance est une combinaison trahissant une plus forte pénétration des intérêts des parties qui se proposent de faire simultanément une concurrence offensive, toujours sans que soient combinés les capitaux en présence ; dans la fusion, ce sera encore le même but proposé de concurrence offensive, mais appuyé, fortifié par la concentration des capitaux des parties en présence. Remarquons d'ailleurs que, quelle que soit la catégorie à laquelle elle appartienne, la combinaison est presque toujours financière, les sociétés qui combinent l'effort s'intéressant, soit elles-mêmes, soit par leurs représentants légaux, aux résultats obtenus par chacune séparément.

C'est chacune de ces catégories que devra envisager à tour de rôle le législateur, s'il veut ne pas être victime des apparences trompeuses de la terminologie actuelle.



CHAPITRE III

AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA CONCENTRATION DES SOCIÉTÉS.

La réglementation de la concentration des sociétés exige que soient précisés les avantages et les inconvénients de ces groupements nouveaux.

L'avantage essentiel, sinon unique de ces formations, est l'abaissement du prix de revient. Si M. Germain, membre de l'Académie des sciences morales et politiques et fondateur du Crédit Lyonnais, a pu dire que « le bon sens populaire s'est vite aperçu que les prix de revient n'avaient pas été diminués par les trusts américains, qu'ils étaient pour le moins restés stationnaires », ce n'est pas, croyons-nous, avec la pensée de nier que la concentration des entreprises permette l'abaissement du prix de revient. Ce qui justifie la constatation de M. Germain, c'est que souvent les trusts notamment n'ont pas fait profiter le public de la baisse du prix de revient qu'ils obtenaient (1). M. le professeur W. Graham, de l'Asso-

(1) Mais surtout dans ce cas il faut se garder de crier au monopole, voire même à l'accaparement, car le maintien

ciation britannique pour l'avancement des sciences, a constaté que seules avaient généralement prospéré en Amérique les combinaisons qui ont baissé leurs prix comme les trusts du pétrole (1) et du sucre ; qu'en Angleterre, des trusts qui avaient renforcé la note du renchérissement avaient périclité.

Le cartell lui-même a, sinon pour but essentiel, du moins pour conséquence, d'abaisser le prix de revient ; le cartell a pour but essentiel de maintenir les prix, de les stabiliser ; mais il a encore pour conséquences : la diminution des frais de distribution, de réclame, de tournée des voyageurs, l'avantage inappréciable de l'unification des types qui se traduit par une économie de fabrication qui permet aux usines syndiquées de se spécialiser plus complètement, tous avantages que l'on retrouve énumérés tout au long dans les prospectus des trusts anglais et qui peuvent se résumer d'un mot : l'abaissement du prix de revient. La stabilisation des prix est un autre avantage que l'on attribue aux concentrations des sociétés ; dans une note élaborée par la Chambre de commerce de Stuttgart, pour contribuer à l'enquête

des prix de vente, à plus forte raison leur hausse, est un stimulant pour le commerce.

(1) En 1871, l'année d'avant le trust, on vendait au prix de 24 centimes le gallon (soit 0 fr. 305 le litre) un pétrole dangereux et d'une odeur désagréable, tandis qu'en 1898 le trust livre au prix de 6 centimes le gallon (soit 0 fr. 0775 le litre) un produit de beaucoup supérieur.

décidée le 10 avril 1902, sur son initiative, par le Handelstag allemand et intitulée « Les cartells et le gouvernement », le rédacteur de la note prétendait que « le groupement est un moyen approprié de combattre la production et l'effondrement des prix qui résulte d'une concurrence excessive ; qu'il présente des avantages, au point de vue de la production et de la vente ; que l'organisme économique tout entier, le producteur comme le consommateur, gagne à éviter les secousses et à obtenir la stabilité. » Cet avantage présumé de la concentration des sociétés est discuté, contesté même ; M. Gothein n'est pas de l'avis de M. Grunzel qui croit que les cartells empêchent les crises ; M. Eulenburg soutient, à son tour, qu'ils n'ont ni stabilisé les prix, ni réussi davantage à établir une concordance entre les mouvements du prix de la matière première, du produit mi-ouvré, du produit achevé. Cette stabilisation du prix serait désirable, non seulement pour le consommateur, mais aussi pour les classes de producteurs, plus spécialement ceux de produits mi-ouvrés ou achevés, qui ont à se procurer la matière première ; le Comptoir des Aciéries de Longwy est peut-être le seul des groupements de ce genre qui ait effectivement visé à cette stabilisation ; un jugement rendu en sa faveur a pu dire « qu'il avait eu pour but de régulariser les cours pour se conserver une clientèle stable et fidèle » (1). Mais il semble que ce soit, dans les

(1) Briey, 14 février 1902, *Echo des mines et de la métallurgie*.

faits, l'impossible, que vouloir balancer exactement l'offre et la demande, dans une industrie qui forcément dépend de beaucoup d'autres. On a prétendu encore que ces groupements, et notamment les cartells, permettaient d'éviter la surproduction par le contrôle acquis de la majeure partie de la production, en tous cas d'atténuer, sinon de supprimer les résultats de la surproduction, les crises, par la stabilisation des prix ; nous verrons, quand nous étudierons les inconvénients de ces formations, que, si on admet que leur raison d'être fut à l'origine d'éviter la surproduction et les crises qui en résultent, il est avéré aujourd'hui, pour certains, que ces groupements sont les premiers à surproduire.

Ainsi, la concentration des sociétés a un avantage incontesté pour les sociétés réunies, elle leur permet d'abaisser leur prix de revient ; cet avantage, moins la stabilisation des prix, comprend tous les autres ; ce qui est plus contestable, c'est que le public soit mis à même de bénéficier de cet abaissement. Précisément, un des moyens mis en pratique pour dissimuler les profits nouveaux que permettent de réaliser ces concentrations, consiste à surcapitaliser la masse des actifs apportés ; c'est ce qu'Anglais et Américains appellent l'« overcapitalisation », le « stock watering » ; c'est aussi le premier inconvénient de la concentration des sociétés que nous voulons étudier, le plus redoutable par ses conséquences.

Cet inconvénient tient encore la première place, dans l'énumération où M. Jenks, dans son livre célèbre, *The trust problem*, a condensé les principaux griefs qu'ont provoqués ces « consolidations ». Mais peut-être ne serait-il pas inutile de les classer dans un ordre que nous pourrions reprendre pour étudier les différentes formes que peut revêtir la réglementation de ces groupements.

Les inconvénients des trusts en particulier, de ces groupements en général, sont d'ordre financier, économique, social, politique. Ceux d'ordre financier comprennent : la majoration excessive du capital et les manœuvres spéculatives des promoteurs, des dirigeants, des « trustees » qui sont les deux premiers inconvénients énumérés par M. Jenks. Sont d'ordre économique les deux cités ensuite par le même auteur, c'est-à-dire les conséquences de ces groupements pour les consommateurs, d'une part, pour certains producteurs, d'autre part ; les inconvénients d'ordre social concernent le sort fait ainsi aux ouvriers, plus particulièrement à leurs groupements ; enfin les inconvénients d'ordre politique sont la constatation de l'ingérence actuelle ou possible de ces groupements dans les affaires de l'Etat, pour qu'il ne contrarie pas, et serve même les combinaisons industrielles et financières.

Reprenons chacun de ces griefs et voyons quels faits, quels chiffres les justifient ou les controuvent, quel-

les opinions les consacrent ou les contredisent (1).

« En tant que la tendance actuelle à la concentration industrielle est un mouvement financier pour l'écoulement de valeurs mobilières, il sera de courte durée » ; cette opinion de M. Hadley, président d'Yale University, fait évidemment allusion à toutes les manœuvres purement spéculatives qui accompagnent, en Amérique surtout, l'élaboration et l'existence de la plupart des trusts et qui, selon l'opinion citée, devraient en précipiter la fin. L'« overcapitalisation » est l'expression américaine dont on dénomme le fait de majorer l'actif réellement existant, le fait de diluer d'eau le capital, comme dit encore une autre expression américaine, le « stock watering ». Les bénéfices scandaleux des « promoters », sorte de courtiers qui établissent la combinaison et qu'il ne faut pas confondre avec les banquiers, les commissions exagérées attribuées à ceux-ci, la part largement faite aux fondateurs des entreprises apportées sous prétexte d'évaluation de fonds de commerce, sont les principaux éléments qui concourent à l'« overcapitalisation ».

La grande enquête industrielle, ordonnée par une loi fédérale de 1898, nous renseigne utilement sur ce sujet. Il y a diverses façons de payer les services du « promoter » ;

(1) Nous sommes redevables aux publications de MM. Leroy-Beaulieu, Raffalovich, Neymarck, Ed. Théry, de Rousiers, de la plupart des chiffres et citations rapportés dans l'exposé qui suit.

ainsi celui de l'United States Rubber Company a reçu pour ses services 5 % du montant des actions, mais il avait à sa charge les frais des avocats, comptables, taxateurs et banquiers. Ceux-ci, pour commission, partagent généralement avec le « promoter » les actions ordinaires qui représentent la partie spéculative, aléatoire, entre 50 et 90 % du capital total émis. Les membres du Syndicat de l'American Smelting and Refining Company, pour 100 dollars versés en espèces reçoivent 100 dollars en actions privilégiées et 70 dollars en actions ordinaires ; les fondateurs eurent 30 dollars en actions ordinaires pour les rémunérer de leurs dépenses et services ; soit 8.220.000 dollars d'overcapitalisation, le capital émis au début ayant été de 27.400.000 dollars. L'enquête industrielle ne fournit pas de renseignements sur l'United States Steel corporation, considérée dans ses rapports avec les financiers ; mais les journaux anglais et américains ont dit que, lors de la constitution, un syndicat de garantie fut formé au capital d'un milliard de francs, qui reçut 225 millions de francs pour sa commission et 50 millions à nouveau, lors de l'augmentation du capital. D'après les mêmes sources, pour la constitution du trust de l'Océan, au capital de 32 millions de livres, le syndicat en recevait 5 millions. Pour ce dernier exemple, la majoration représente plus de 15 % du capital émis ; ainsi, les bénéfices devaient être si considérables que l'on pouvait prévoir que la combinaison serait pratique-

ment abandonnée ; M. Neymarck avait fait remarquer fort judicieusement, à l'époque de la constitution du trust de l'Océan, qu'en supposant un taux d'amortissement très modéré, 2 %, et, comme taux d'intérêts à servir, sous quelque forme que ce soit, à tous les capitaux engagés, 5 %, les profits de l'entreprise devaient produire d'abord plus de cent millions. « C'est une somme, ajoutait M. Neymarck, que le trust sera impuissant à réaliser » (1). Concernant le trust de l'acier, M. Manchez a pu formuler les mêmes craintes, que d'ailleurs confirme le prix actuellement très avili des actions ordinaires du trust (2). On ne connaît pas, dit un auteur, de cas d'une estimation inférieure à la valeur réelle ; le plus souvent, les « promoteurs » s'inquiètent peu des chiffres ; ils fondent leur capitalisation sur la puissance d'absorption du public.

On a cependant, sinon défendu cette « *overcapitali-*

(1) Voir sur les inconvénients des trusts : A. D. D. C. 1902, 326 ; Ed. THÉRY, *Histoire économique de l'Angleterre, de l'Allemagne, des Etats-Unis et de la France* ; Jour. de dr. intern. privé, 1902, p. 657 ; les messages du président Roosevelt, notamment celui du 3 décembre 1907, reproduit par le *Times* du 4 décembre, analysé dans le n° de janvier 1908 du *Bulletin de statistique et de législation comparée* ; et les écrits de MM. Raffalovich, de Rousiers, Dolléans, Jenks, Macrosty, Martin-Saint-Léon, etc.

(2) Elles cotent à New-York, fin février 1908, 28, après avoir été introduites à 42 3/4 en mars 1901 et cotées depuis 55, au plus haut, et moins de 10 au plus bas, au printemps 1904.

sation », du moins attiré l'attention sur la difficulté où se trouvent les fondateurs des trusts de ne pas majorer les apports ; ceux qui participent à la fondation du trust et qui sont bien outillés, savent que leur concours est indispensable, comme ce fut le cas pour les aciéries Carnégie et C^{ie}. Ils cherchent à se faire payer le plus cher possible, c'est-à-dire au-delà de la valeur réelle. Il y a les brevets, la clientèle, le fonds de commerce, pour lesquels on peut demander des prix de fantaisie. Les trusts anglais n'ont pas échappé à l'overcapitalisation ; les chiffres rapportés par MM. Macrosty et Dolléans ne laissent aucun doute à ce sujet. Les résultats de ces majorations excessives, s'ils sont bons, ne sont pas durables, s'ils sont mauvais, risquent de devenir désastreux par leurs conséquences, leurs répercussions ; l'amortissement est, pour ces compagnies, à peu près impossible à pratiquer ; leur capital exagéré et difficile à rémunérer les empêche de renouveler leur outillage, conséquence de l'impossibilité d'amortir ; entravées dès le début, elles n'ont plus de crédit suffisant pour attirer les nouveaux capitaux nécessaires, pour lutter contre la concurrence nouvelle mieux organisée ; sans compter les moments de ralentissement de l'activité commerciale et industrielle, les crises, dont MM. Juglar et J. Siegfried ont démontré le retour périodique inévitable. En attendant l'intervention du législateur, que les abus ont rendue nécessaire, l'on peut constater du moins que l'over-

capitalisation porte, sinon son remède, du moins sa peine en elle-même ; suivant l'expression pittoresque de Georges Bolen dans son livre sur les trusts, « hard times squeeze òut the water », des périodes d'adversité font sortir l'eau. Sans vouloir prévoir, avec M. G. Bolen, le morcellement à venir des trusts surcapitalisés, après la dénonciation de l'hypothèque, l'exécution du gage, en nous en tenant aux faits acquis, les faillites retentissantes du Rope trust en 1901, du Malting trust, de l'United States Shipbuilding, de l'Asphalt trust en 1903, les « hard times » que connaissent depuis mars 1907 ces combinaisons surcapitalisées, font ressortir davantage les dangers de l'overcapitalisation.

De ces dangers, nous intéressent particulièrement ceux que court, du fait de ces excès, la masse du public, qu'aucune publicité ne renseigne suffisamment, et quand nous avons dit que l'overcapitalisation portait sa peine en elle-même, peut-être n'avions-nous pas pensé que c'est le public qui trop souvent en fait les frais ; pour la foule des petits détenteurs de titres, le danger subsiste, que l'entreprise surcapitalisée succombe ou non ; car c'est à elle qu'on offre tout ce papier qui presque toujours se déprécie dès après son introduction sur le marché. C'est précisément le second grief rapporté par M. Jenks contré les trusts ; quant à nous, nous voulons voir, dans les manœuvres spéculatives qui accompagnent le placement de ces titres dans le public, la conséquence obliga-

toire de la surcapitalisation ; « trustmongers », « promoters », banquiers, tous gros détenteurs de titres, dont ils savent que la valeur nominale ne répond pas à la valeur intrinsèque, n'ont qu'un but, s'en défaire au plus haut prix ; c'est l'histoire du Syndicat Morgan, créé au capital de 200 millions de dollars, pour la création du Steel trust, dont la commission, évaluée à 50 millions de dollars, a servi à soutenir le marché des actions ; la politique du Syndicat était de fixer un prix auquel il achetait les actions quand elles tombaient au-dessous et de vendre quand le cours montait au-dessus. Cette procédure fut très difficile durant la grève de l'été 1901, même il devint nécessaire à deux reprises de baisser le prix ; puis les détenteurs des titres originaux les réalisaient en si grande quantité, que les chroniqueurs financiers eurent à constater le découragement qui suivit l'impuissance à faire monter les actions. Ces manœuvres spéculatives, dont l'exemple donné est topique, ont plus spécialement indisposé le public contre les trusts ; il semble que l'on y parerait indirectement — mais de façon efficace — en rendant l'overcapitalisation impossible (1). Dès lors que les titres nouveaux représenteraient plus exactement la valeur réelle des actifs fusionnés, étant

(1) C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcé le président Roosevelt, dans son dernier message du 3 décembre 1907 ; parlant de la loi à faire il a dit qu'elle devrait « défendre d'émettre un capital-titre exagéré ».

reconnus les avantages économiques de la concentration des sociétés, les détenteurs de titres n'auraient plus le même intérêt à s'en défaire et le public, en achetant les actions ordinaires des trusts, ne risquerait plus d'acquérir moins qu'un billet de loterie.

Le législateur n'a donc pas à considérer séparément ces deux griefs d'ordre financier ; qu'il aboutisse à empêcher la surcapitalisation par des mesures de vérification d'apports et de publicité dont nous parlerons plus loin, et le public sachant quel papier on lui offre, saura dans quelles conditions il peut l'acquérir. Puis, les affaires y gagneront en stabilité, sous un régime de concentration que l'évolution impose, mais dont le législateur doit empêcher les excès. Ce premier inconvénient peut être considéré comme caractéristique de ce mode de concentration qu'est le trust, qu'il soit américain ou anglais ; il n'affecte pas la forme du cartell ; quant à la fusion, qui est le mode de concentration des sociétés le plus répandu en France, à l'exception des trusts qui procèdent de même façon. les exemples que l'on en rencontre prouvent qu'elle n'est pas l'occasion saisie de surcapitaliser l'actif réel.

Les inconvénients d'ordre économique sont davantage l'attribut de la généralité de ces formations : c'est d'abord la situation faite par ce mouvement d'évolution aux consommateurs ordinaires d'une part, aux consommateurs industriels d'autre part ; les barrières douanières, à l'abri

desquelles se sont fortifiées, puis groupées, les industries naissantes, servent bientôt à celles-ci à pressurer le marché intérieur, ainsi isolé ; les consommateurs ordinaires ont à subir des prix supérieurs, sinon à ceux qui prévaudraient sous le régime de la libre concurrence, du moins à ceux des mêmes produits nationaux sur les marchés étrangers : ces avantages concédés aux clients étrangers sont de notoriété publique. Mais, tandis que les statistiques concernant les cartells allemands permettent de les constater facilement, la même constatation est rendue plus difficile pour les trusts américains qui, par crainte de nuire à leur commerce intérieur, dissimulent, à l'aide de rabais et d'escomptes, les avantages accordés ; c'est ainsi que le Democratic Congressional Comitee ne réussit à obtenir quelques prix courants d'exportation qu'en promettant une récompense de 400 dollars par l'intermédiaire du *World* de New-York. Certains chiffres, rapportés par M. Raffalovich, d'après le *Free Trade Almanac*, sont saisissants : l'écart entre le prix aux États-Unis et le prix d'exportation représentait par exemple, en 1903, 210 % pour le borax et jusqu'à 261 % pour certaine qualité de *wire rope* ; les chiffres concernant les cartells ne sont pas moins saisissants ; nous les empruntons au livre du Professeur Dietzel, *Sozialpolitik und Handelspolitik*, d'après une étude de M. Vergne, dans la *Réforme économique*, intitulée « L'Envers des cartells allemands » : au commencement de 1904, le prix du

sucres en Allemagne était de 38 marks 45, à côté d'un prix de 23 marks 75 rendu en Suisse. Pour les tôles, les prix comparés sont de 140 à 180 marks, suivant la qualité, à l'intérieur, contre 100 à 125 marks pour l'étranger. « La conséquence, en somme, conclut M. Dietzel, c'est qu'une portion de la production allemande est mise en coupe réglée pour donner aux cartells les moyens d'entretenir et de favoriser la concurrence étrangère. Si c'est là remplir un rôle utile pour notre vie économique, que serait alors un rôle nuisible ? » La note de la Chambre de commerce de Stuttgart, que nous avons déjà citée, fait ressortir le mauvais effet qu'ont sur le public les ventes faites à meilleur marché à l'étranger.

La même note insiste sur ce fait que le consommateur ordinaire n'est pas seul à pâtir de ces résultats de la concentration des sociétés ; il y a aussi les consommateurs industriels, producteurs isolés ou moins fortement concentrés, qui ont à subir les prix des syndicats de matière première ; ils se plaignent d'être mis dans une situation désavantageuse, quand ils exportent à leur tour, parce qu'ayant dû payer plus cher la matière, ils ne peuvent faire à leur tour des prix aussi avantageux à leur clientèle. M. Sayous, dans son livre sur la crise allemande, a cité de nombreux exemples ; des exportateurs de Rehmscheid assuraient qu'il leur était plus avantageux d'acheter en Hollande des aciers mi-ouvrés, qui y étaient vendus à vil prix, de payer les frais de douane et de transport

pour le retour à Rehmscheid, que de se fournir directement à leur porte ; les fabricants de couteaux de Sheffield recevaient de l'acier à meilleur compte que ceux de Solingen.

Ce double inconvénient économique des trusts et des cartells pour le consommateur ordinaire et le consommateur industriel, signalé pour les trusts par M. Jenks, n'est qu'un des inconvénients économiques de la concentration des sociétés. Il dépend des tarifs douaniers protecteurs.

D'autres inconvénients du même ordre sont : la surproduction, que provoquent en fin de compte ces formes de concentration imaginées à l'origine pour l'éviter ; la perturbation, qu'amène inévitablement la création et surtout la désagrégation de ces ententes ; les crises, qui résultent de la surproduction. Le marché intérieur n'est pas seul à souffrir par le fait de ces concentrations d'intérêts, sinon de capitaux ; se plaçant au point de vue des intérêts du commerce extérieur, dont les traités de commerce consacrent les limites légales, M. Chamberlain a pu dénoncer comme un acte de concurrence déloyale le fait pour un pays d'écouler à bas prix, sur les marchés extérieurs, le trop plein de sa production (1) ; répondant, le 15 juin, à MM. Chamberlain et Balfour, lord Lansdowne parle de « concurrence illégale » et préconise une entente entre Etats, analogue à celle intervenue pour le sucre,

(1) Déclaration du 28 mai 1903 au Parlement anglais.

grâce à la conférence de Bruxelles. Expliquant pour quelles raisons la Russie n'a pas pris part à cette conférence, le comte de Witte dénonce aussi le danger que courent les traités de commerce du fait de la formation des cartells ; et il accepte l'idée « d'une action collective des puissances qui aurait pour but de protéger contre des baisses artificielles les prix internationaux, tant par rapport au sucre que relativement aux autres marchandises » (1). Les faits font prévoir qu'à côté d'une réglementation de ces concentrations de sociétés propres à chaque Etat, certains de ces groupements rendront nécessaire une intervention collective des Etats ; c'est un côté de leur réglementation qui sort des limites de notre sujet ; nous nous bornerons à rechercher quelle meilleure législation intérieure peut tempérer les abus d'ordre économique qui n'exigent pas l'intervention de conférences internationales.

Les inconvénients d'ordre social sont ceux qui résulteraient du fait de ces groupements industriels et financiers, pour les ouvriers considérés tant individuellement que collectivement. Lors de la discussion du projet de loi douanier au Reichstag, les 4 et 5 novembre 1902, M. Bernstein démontrait « l'influence fâcheuse des syndicats (il entendait trusts et cartells), influence qui compromet le bénéfice d'améliorations de salaires péniblement conquises ». « Les trusts et les cartells, disait-il

(1) RAFFALOVICH, *op. cit.*, p. 499.

encore, se sont développés de telle façon qu'ils sont devenus les corporations (*Zünfte*, corps de métier) modernes, qui contribuent à l'oppression de l'ouvrier. » Prenant la parole à son tour dans la même discussion, M. Bebel soutenait que les ouvriers devaient alors subir des réductions de salaires représentant 40 à 60 % sur les taux de 1900. Il ajoutait : « les organisations ouvrières sont impuissantes contre les trusts actuels ; dans les trusts, on annihile les organisations ouvrières. » Comme remède à cette situation, il préconisait la surveillance des cartells par des commissions spéciales, les associations ouvrières obligatoires, le droit de coalition garanti. Nous reviendrons dans le chapitre suivant sur les moyens préconisés pour remédier à la situation envisagée.

Deux inconvénients sont soulignés par les représentants socialistes cités : la réduction des salaires, d'une part ; d'autre part, l'attitude hostile des groupements de sociétés, de capitaux, aux groupements de la main-d'œuvre. Examinons, à leur tour, la valeur de ces arguments.

Les chiffres que l'on trouve dans l'enquête de C. Wright, commissaire du travail, dans le rapport de M. Jenks (1), contredisent pour les trusts les chiffres rapportés par M. Bebel pour les cartells. La part étant faite de l'augmentation du coût de l'existence, des réclamations de la

(1) *Bulletin of the department of labor*, n° 29 de juillet 1900 et que cite M. Dolléans, *op. cit.*, pp. 361 et suiv.

classe ouvrière pour obtenir l'augmentation de son salaire, la conclusion, pittoresque en sa forme, de M. Dolléans, reste vraie : « le trust n'a pas fait porter les économies de force qu'il réalise (c'est-à-dire l'abaissement du prix de revient) sur la matière vivante du coût de production. » De ces chiffres contradictoires il résulte qu'il est difficile, sinon impossible, de conclure que la concentration des sociétés favorise l'augmentation des salaires ou en provoque la réduction. Cette première question se ramène d'ailleurs à la seconde qui la comprend : la main-d'œuvre, pour débattre le montant de son salaire, subit aussi la loi économique de la concentration ; la même évolution tend à la grouper, qui a commencé déjà à grouper les sociétés qui l'emploient. Le trust admet-il le syndicat ouvrier ? Telle est la question qui a été posée. Des faits comme les grèves américaines de 1892 et de 1901 ont démontré, selon certaines opinions — notamment celle rapportée de M. Bebel — que trusts, cartells, et autres formations analogues, annihilent les associations ouvrières ; M. Jay, pour en donner l'explication, rappelle (1) ce qu'Adam Smith disait de la situation de l'ouvrier isolé, vis-à-vis du patron isolé, quand il y avait entre eux conflit : « dans ces sortes de disputes, les maîtres peuvent tenir bien plus longtemps ». Nous dirions aujourd'hui, dans un langage plus moderne,

(1) R. JAY, *Rev. d'écon. polit.*, la protection légale des travailleurs est-elle nécessaire ?

que la main-d'œuvre a plus à souffrir de la grève que la société du lock-out. Quelle que soit l'opinion à laquelle on appartienne, il est, pensons-nous, des mouvements d'évolution qu'il est imprudent, inutile en tout cas, de vouloir nier ; si, comme nous l'avons fait ressortir, la tendance à la concentration dans l'industrie et le commerce s'impose à tous, à ses partisans comme à ses adversaires désignés, nous pensons que la même tendance s'imposera bientôt à tous, qui s'accuse si fortement déjà dans la main-d'œuvre.

Nous examinerons bientôt quelle doit être la situation exacte du législateur, en face de ces deux expressions différentes d'un même mouvement d'évolution ; nous voulons seulement remarquer que si ce mouvement s'impose déjà dans les faits, le législateur n'a eu à se prononcer encore sur aucune de ses deux manifestations ; mais il semble impossible, en équité, que l'une puisse prétendre nuire à l'autre, que le groupement industriel ait la double prétention d'être reconnu et de pouvoir ne pas reconnaître le groupement de la main-d'œuvre (1).

(1) C'est pourtant l'état d'esprit dans lequel fut rédigé, en août 1887, le premier contrat du trust américain du sucre ; un des objets de l'entente était, aux termes mêmes du contrat, « de fournir une protection contre les combinaisons illégales de la main-d'œuvre », autrement dit contre l'organisation ouvrière (le texte du *Sugar trust agreement* se trouve en appendice dans le livre de M. WILLIAM W. COOK, *Trusts, the recent combinations in trade*, pp. 953 et s.).

Les inconvénients d'ordre politique dénoncés par M. Jenks ont apparu plus particulièrement aux Etats-Unis. Parlant du trust du sucre on a pu dire que les tarifs sur lesquels repose son existence, étant à la merci d'un vote, il a besoin de la faveur des législateurs ; d'où les nombreux scandales qu'il a provoqués. L'opinion s'est même accréditée qu'un groupe financier, puissant auprès des pouvoirs publics, avait eu, dans les affaires de Cuba, un intérêt moins immatériel et moins respectable que celui de la défense des opprimés (1).

Parmi les inconvénients d'ordre politique, pourraient être également placées les atteintes que peuvent subir les traités de commerce, du fait des cartells notamment, et dont nous avons déjà parlé (2). L'influence politique des « trusts mongers », des faiseurs de trusts, leur immixtion dans les affaires publiques, se trahit par le nombre et la puissance des journaux dont ils disposent et dont ils se servent, surtout aux époques où ont lieu les élections.

Si nous nous sommes ainsi étendus sur les inconvénients des groupements de sociétés, c'est que la réglementation à intervenir doit avoir pour but de corriger les excès du mouvement de concentration que l'évolution actuelle impose.

(1) DE ROUSIERS, *Les Industries monopolisées (trusts) aux Etats-Unis*, pp. 164 et 165.

(2) V. pp. 60 et 61.

CHAPITRE IV

DE LA RÉGLEMENTATION PAR LE LÉGISLATEUR DE LA CONCENTRATION DES SOCIÉTÉS.

Nous n'avons pas à constater ici l'importance ni le nombre des projets de lois déposés en France sur la fusion, ou ailleurs sur les cartells, sur les trusts ; nous n'avons à considérer que les lois qui en émanent quand ces projets ont abouti.

Aux Etats-Unis seulement, l'on rencontre des lois visant les concentrations de sociétés en général, le Sherman act, les antitrusts laws, la loi Fairbanks, la loi Elkins, la loi Hepburn. Partout ailleurs, en Allemagne par exemple, le législateur a distingué la fusion des sociétés des autres expressions de la concentration des sociétés (1). C'est aussi la fusion seule qu'ont entendu réglementer les codes de commerce italien (art. 195, 196), roumain (art. 197, 198), portugais (art. 125 à 127) ; le code japonais est encore à citer dans ce sens (2).

(1) Art. 306 du Code de commerce de 1897.

(2) Le projet de loi français de 1884 ne considère aussi que la fusion.

Cette dernière manière de faire laisse en dehors de toute réglementation légale les formes de concentration qui n'aboutissent pas à l'absorption d'une société au moins ; c'est ainsi qu'en Allemagne, en Autriche, les cartels, s'ils sont l'objet de nombreux et fréquents projets de loi, n'ont encore été l'objet d'aucune réglementation positive. Les trusts anglais sont dans le même cas ; qu'on ne nous objecte pas qu'ils sont une forme bénigne du trust ; nous avons rapporté à leur sujet cette opinion de MM. Macrosty et Dolléans, qu'à l'instar des trusts d'Amérique, ils offrent l'inconvénient inhérent à l'overcapitalisation ; la réglementation doit donc intervenir.

Mais, objectera-t-on, l'exemple des Etats-Unis où une réglementation générale est intervenue peut nous laisser perplexe sur l'efficacité d'une telle mesure législative. Le Sherman act qui compte près de vingt ans d'existence n'a jamais été appliqué. Ce n'est pas une objection suffisante. Ce qui rend cette loi inapplicable, ce n'est pas l'objet de son application, mais les conditions spéciales de la législation commerciale aux Etats-Unis. Chaque Etat y a sa loi, qu'il fait à sa guise, à laquelle se heurte vainement la loi fédérale ; le « Nid de Vautours » qu'est l'Etat de New-Jersey, suivant l'expression si pittoresque de M. de Norvins (1), non seulement est resté, jusqu'ici,

(1) *Revue*, ancienne *Revue des revues*, 15 janvier 1903

inaccessible à toute réglementation fédérale, mais est le refuge de toutes ces sociétés, de tous ces trusts dont les manœuvres spéculatives sont facilitées par la possibilité de modifier leurs statuts à la seule majorité des 2/3 des actionnaires « présents » (1). Il est facile de comprendre quelles difficultés rencontre dans ces conditions l'application de lois rendues nécessaires par les excès mêmes de ceux qui dirigent les combinaisons qui en doivent être l'objet.

Quelle doit être la réglementation à intervenir ? Nous ne rapporterons ici aucun projet de loi, qu'il s'agisse du projet Littlefield sur les trusts, ou des projets autrichiens sur les cartells. Nous tâcherons d'indiquer quels principes ont inspiré, peuvent inspirer toute idée de réglementation. A un point de vue général, les lois, les projets, les propositions intervenus ont eu pour but de pallier les inconvénients, d'éviter les excès de ces groupements nouveaux. En particulier, les auteurs de ces lois ou projets ont proposé tel ou tel moyen d'intervention, suivant qu'ils avaient plus spécialement en vue tel inconvénient ou tel excès de ces concentrations de capitaux. Rend-on les tarifs douaniers responsables des excès des trusts,

(1) Dans son livre sur l'industrie américaine, M. A. Viallate a montré l'effort systématique du New-Jersey pour fournir toutes facilités aux *fabricants de trusts*. Le résultat ne s'est pas fait attendre : sur 318 trusts industriels existant en 1904, 170 étaient organisés en vertu des lois du New-Jersey et avaient leur siège social en cet Etat.

des cartells ? Le remède proposé sera la modification, voire même la suppression de ces tarifs protecteurs qui, selon l'expression de M. Byron W. Holt, font du Steel trust un prince et un mendiant à la fois.

Les propositions faites peuvent être classées comme les inconvénients qu'elles visent à corriger, en quatre groupes : financier, économique, social, politique. Veut-on empêcher les excès de la spéculation, lors de la formation de ces groupements puissants ? La réglementation des contrats entre sociétés est indiquée comme remède ; mais le plus efficace qui ait été proposé est la publicité. Des esprits appartenant aux civilisations les plus éloignées, les plus différentes, comme M. Germain, MM. Reed et Roosevelt, MM. Landesberger et Menzel ont préconisé la publicité la plus large possible des statuts, du capital initial comparé à l'actif réellement existant, des charges des sociétés qui voudraient s'associer ou se combiner ; notamment la formalité de la vérification des apports a été l'objet d'un article remarquable de M. Thaller (1).

A-t-on considéré les inconvénients d'ordre économique ? L'intervention de l'Etat a été préconisée pour modifier les tarifs protecteurs ; leur suppression même a été proposée ; M. Bebel proposait ainsi de suspendre le droit de douane, dès que l'article serait vendu moins cher

(1) V. pp. 140 et suiv.

à l'étranger que sur le marché intérieur. Surtout aux Etats-Unis, la question des tarifs est brûlante ; dans ses deux derniers messages du 3 décembre 1907 et du 25 mars 1908, M. Roosevelt allait au devant des attaques dont la législation douanière américaine est l'objet. « Le pays est définitivement attaché au régime protecteur, disait-il, et tout effort pour déraciner ce sentiment ne pourrait qu'entraîner un vaste désordre industriel... Au point de vue du bien-être du salarié, c'est là un point cardinal pour la politique américaine. » Nous avons vu d'ailleurs qu'il ne fallait pas considérer les tarifs comme nécessaires à l'éclosion des trusts, cartells, fusions ; la cause de ce mouvement d'évolution est plus profonde : il répond à des nécessités nouvelles, puisqu'en tel pays libre-échangiste comme l'Angleterre, ces groupements de sociétés ne font que se multiplier (1).

Les liges d'acheteurs par exemple ont été préconisées par M. Meade, dans son livre *Trust finance* ; les acheteurs se groupent à leur tour pour ne pas subir les conditions onéreuses des producteurs ; cette action ne pourrait être d'ordre vraiment efficace que si les groupements profitaient de leur puissance pour élever les prix ; mais alors, point ne serait besoin de liges d'ache-

(1) Signalons aussi, parmi les remèdes économiques proposés, l'admission temporaire ; voir à ce sujet dans RAFFA-LOVICH, *op. cit.*, p. 318 et suiv., l'exposé de la question et la proposition Oeser.

teurs; car la concurrence potentielle se manifesterait aussitôt.

Si l'on envisage les inconvénients d'ordre social, ainsi qu'il a été dit déjà, une réserve s'impose : tous les auteurs ne sont pas également d'avis que ces combinaisons patronales doivent nuire aux groupements ouvriers ; ces derniers peuvent même avoir plus à souffrir du fait d'une législation trop restrictive des groupements de sociétés que de l'existence même de ces groupements. Dans son dernier message de fin mars 1908, le président Roosevelt ne disait-il pas de la loi contre les trusts « qu'elle empêchait à tort la création des syndicats d'ouvriers ? » N'est-ce pas une indication précieuse que ces deux sortes de groupements sont économiquement, sinon socialement solidaires ; la législation à intervenir doit tenir compte de cette solidarité économique d'intérêts socialement divisés. C'est en ce sens que Kuleman, au Juristentag de Berlin de 1902, se déclarait partisan du laisser passer, du laisser faire ; le développement rationnel des associations ouvrières lui apparaissait comme l'utile contre-poids aux combinaisons patronales.

Quant aux inconvénients politiques de ces combinaisons, c'est le point de vue auquel se sont placés les adversaires résolus des trusts ; ce sont des faits de discussion pour lesquels le droit commun suffit.

Nous avons analysé la concentration des sociétés au point de vue économique. Notre conclusion devra n'être

exprimée qu'au cours et après l'exposé du point de vue juridique de la question. Nous étudierons plus spécialement la fusion en législation ou plutôt en jurisprudence et doctrine françaises, puisque le législateur français n'est pas encore intervenu en cette matière. Nous ne négligerons aucune occasion de faire un parallèle avec les législation, jurisprudence et doctrine étrangères.



PARTIE JURIDIQUE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Nous avons vu, dans une première partie, pur exposé des faits, que de cet exposé résultaient trois constatations certaines :

1° Que l'existence de groupements centralisés sur le terrain économique est un fait certain ;

2° Que le législateur de 1867 n'a pas pu les avoir en vue, puisque, pour des raisons indiquées, il ne pouvait prévoir leur existence actuelle ;

3° Que l'exemple des Etats-Unis où ces groupements abondent prouve que la législation de droit commun est insuffisante.

La conséquence que l'on doit tirer de cette triple constatation est qu'une réglementation doit intervenir : l'ap-

plication de la législation sur les sociétés est insuffisante et pleine d'inconvénients dont les essentiels tiennent à la publicité de la fusion, à la responsabilité des administrateurs, à la vérification des apports, aux principes fiscaux qui régissent la matière.

Faire une analyse complète du type de concentration des sociétés que nous adopterons comme type juridique, c'est nous donner l'occasion d'analyser les inconvénients des principes actuellement appliqués par la jurisprudence.

Notons, avant d'ouvrir ce nouveau chapitre de notre étude, que nulle part la loi ne s'est prononcée en cette matière. A peine est-ce si le projet de loi de 1884 fait allusion à la fusion dans son article 23. Une exception cependant : la loi de 1903 qui réglemente la négociation des actions d'apports en cas de fusion de sociétés ayant plus de deux ans d'existence. A part cela, rien qui indique que le législateur témoigne quelque intérêt pour ce contrat nouveau et d'importance si considérable, si on le compare seulement au contrat de société.



CHAPITRE I

DÉTERMINATION DES ÉLÉMENTS CARACTÉRISTIQUES DE LA FUSION
AU POINT DE VUE JURIDIQUE. — DÉFINITION. — MISE A
L'ÉPREUVE DE LA DÉFINITION PROPOSÉE COMME CRITÉRIUM
PERMETTANT DE DISTINGUER LA FUSION JURIDIQUE DES
AUTRES EXPRESSIONS ÉCONOMIQUES DE LA CONCENTRATION
DES SOCIÉTÉS.

§ 1^{er}. — *Imprécision du terme « fusion ».* *Confusion à éviter.*

Nous avons déjà insisté sur l'imprécision du terme fusion. Bien que plus précis dans la jurisprudence, dans le domaine juridique, s'il y est l'objet de quelque défaveur, c'est que pour la plupart il ne saurait en être question sans qu'aussitôt la hantise du trust, le spectre de l'accaparement apparaissent. Le mot trust, comme tout mot qui fait fortune, fait oublier ce qu'il veut dire. Il est également dangereux de dire « qu'il n'y a pas lieu de voir des exemples de fusion dans les trusts américains » et « que le trust est un acheminement vers la

fusion » (1), car il s'agit du même fait économique de concentration des sociétés, dénommé différemment dans deux langues différentes. Economiquement, le mot « trust » n'a pas d'autre signification que le mot fusion qui indique une concentration des capitaux de sociétés différentes. Juridiquement mieux vaut ne pas nous laisser entraîner à des comparaisons qui ne peuvent qu'ajouter à la confusion qui règne en cette matière, sans pouvoir nous aider en rien à préciser la notion juridique de la fusion en législation française.

§ 2. — *Les définitions de la fusion dans la jurisprudence.*

Nous ne saurions mieux faire, pour montrer ce que fut la fusion à ses origines pour la jurisprudence, que citer ce passage de M. Vavasseur : « Ne s'avisait-on pas de dire, d'un côté, « que la Société nouvelle, née de la fusion, continuait, c'est-à-dire soutenait en quelque sorte, l'existence des deux sociétés anciennes » et en même temps « que la fusion qui naît pour remplacer les deux êtres sociaux... » Voyez-vous une société qui soutient les deux autres, remplacées par elle cependant, c'est-à-dire à la fois vivantes et mortes ! Admirez aussi une fusion qui naît, alors que c'est la fusion qui fait naître une société... C'est partout logomachie et absur-

(1) DE NOAILLAT, *Étude sur la fusion de sociétés* (Fayolle, 1899), p. 65.

dité » (1). Dans ce même procès de la Compagnie immobilière d'où sont faits les extraits de M. Vavas seur, la Régie ne prétend-elle pas que la Société des ports de Marseille proposait, « non de fusionner, mais de s'incorporer, de s'annexer » à la Compagnie immobilière. Comme si l'annexion n'était pas, comme nous le verrons, une des modalités de la fusion. Plus loin encore, dans le même procès, la Régie ne conteste-t-elle pas la fusion en soutenant que « la Société immobilière de Paris n'a pas perdu son individualité, qu'elle a continué d'exister, qu'elle a *seulement* modifié son nom, ses statuts, son capital, en s'annexant la Société des ports... » Elle a « *seulement* » modifié son nom, ses statuts, son capital pour préparer une annexion ! Comme si cela n'eût pas dû suffire pour prouver qu'il y avait une opération autrement importante que la liquidation de la société absorbée, que l'augmentation de capital ordinaire ! Les sociétés elles-mêmes, dont la Compagnie immobilière, avaient d'ailleurs prêté à ces confusions ; elles avaient indiqué dans des actes leur « intention d'annexer l'une des sociétés à l'autre et non de les fusionner au point d'en faire une nouvelle société ». Pour montrer à quelles conclusions pouvaient conduire ces confusions, nous ajouterons seulement encore que le traité du 10 juin 1863, ayant qualifié « d'annexion » la

(1) Art. Vavas seur, R. S. 1892, 267.

réunion des deux sociétés, la Régie en prit acte pour prouver que « la Compagnie immobilière s'efforçait en vain de trouver dans la convention du 10 juin 1863 les caractères d'un traité de fusion » (1).

Un jugement de 1880 indique que, plus de dix ans après le procès de la Compagnie immobilière, la jurisprudence n'était guère plus familiarisée avec la fusion ; un des attendus de ce jugement trahit que le mot de fusion ne s'était pas encore imposé, puisqu'il y est énoncé à propos de la cession d'un portefeuille entre compagnies d'assurances, « qu'une circulaire de la Compagnie foncière avait appris aux assurés de la Compagnie de la Paix la « transfusion » de cette dernière Compagnie dans la première » (2).

Peu après l'année 1880 s'ouvre cependant l'époque des procès du Crédit foncier, procès qui, dans l'histoire de la fusion, sont, avec ceux de la Compagnie immobilière, les deux principales occasions données à la jurisprudence de se prononcer sur la question. Le mouvement de concentration s'accroissant, fait jaillir les procès plus nombreux ; la jurisprudence fait son éducation en cette matière et songe aussitôt à préciser davantage cette notion si peu précise. Encore marque-t-elle des hésitations : elle nous avertit que sa définition ne vaut qu'à défaut d'une définition convenue entre les parties.

(1) Cass., 15 déc. 1868, Rép. Enreg. 1869, art. 2819.

(2) Grenoble, 17 nov. 1880, J. S. 1881, 201.

« A défaut d'une définition spéciale et restrictive convenue entre les parties, le mot fusion implique dans la pensée des contractants l'intention d'une mise en commun de la totalité des actif et passif à fusionner, c'est-à-dire, s'il s'agit de sociétés financières, l'absorption complète de deux sociétés l'une dans l'autre avec substitution réciproque aux droits et obligations respectifs (1). » Ainsi la Cour entend seulement nous donner son opinion, mais nullement nous imposer une définition juridiquement exacte et définitive. Il peut plaire aux parties de définir expressément et autrement le contrat par lequel elles fusionneront. Et cependant, dans ses attendus, la Cour parle de « fusion normale, c'est-à-dire complète et conforme au droit commun, la fusion partielle étant contraire aux prescriptions de la loi ». Pourquoi ne pas définir cette fusion « normale » ? Il est insuffisant d'indiquer que la fusion partielle aboutit à une distraction d'actif, qui, en diminuant le gage des créanciers de la société, les lèse dans leurs droits. L'arrêt semble être préoccupé seulement de limiter les conséquences de ce nouveau contrat aux conséquences d'un contrat de société. C'est le trait caractéristique de cette première phase de la jurisprudence en matière de fusion : la fusion est un contrat qu'elle ne connaît pas ; quels principes lui appliquer ? Puisque la loi n'en parle

(1) Paris, 24 juin 1884, J. S. 1885, 720.

pas, l'ignore, elle cherche de quel contrat se rapproche le plus le contrat de fusion ; c'est du contrat de société. Dès lors, plus d'hésitation, elle veillera à ne pas autoriser qu'un contrat de fusion ait d'autres conséquences qu'un contrat de société, sans se douter qu'elle est en face d'un contrat dont les conséquences sont telles qu'il fera éclater le cadre des principes où on veut l'enfermer. Et c'est surtout par ses conséquences fiscales, que nous étudierons à leur place, que ce contrat acquit d'être estimé à sa valeur.

Toujours en suivant l'ordre chronologique des espèces qui servent à notre démonstration, nous rencontrons l'expression « fusion des intérêts sociaux » (1). Remarquons l'hésitation qu'éprouve la jurisprudence à employer le mot « fusion » tout court. Il lui semble que si elle l'employait seul, sans périphrases, il ne voudrait plus rien dire ou voudrait dire trop de choses.

Autre imprécision : c'est un « contrat synallagmatique », dit un jugement qui s'attache moins à définir la fusion elle-même qu'à préciser la nature du contrat qui en résulte (2).

Plus avant : « Attendu que si le point de départ de la société a été la fusion des deux sociétés en une seule, le contrat invoqué, intervenu entre les actionnaires des deux sociétés, est légal et rentre dans la série des

(1) Paris, 19 juin 1885, J. S. 1886, 225.

(2) Seine, 12 nov. 1883, R. S. 1884, 43.

conventions formées par les parties obligatoires par elles-mêmes, lorsqu'elles n'ont rien de contraire à la loi » (1). C'est plutôt l'exposé d'une situation, d'un fait, que la définition d'un contrat ; c'est plutôt un exposé économique de l'espèce, qu'une définition juridique. C'est aussi moins une définition qu'une précision de la nature du contrat.

Dans un autre arrêt, autre imprécision. Il y est question d'un « contrat de fusion qui n'a été précédé ni de la dissolution, ni de la liquidation d'une des deux sociétés » (2). Cet énoncé est contradictoire ; nous verrons que la fusion ne se conçoit pas sans dissolution, sans liquidation d'une société au moins.

A partir de cette époque, l'histoire de la définition perd de son intérêt à être étudiée dans la jurisprudence ; la doctrine doit seule retenir notre attention parce qu'elle va serrer de plus près que la jurisprudence cette question neuve pour elle. C'est l'époque de l'éclosion des trusts en Amérique et des cartells en Allemagne, et l'attention de la doctrine, mise en éveil par ces manifestations de la concentration des sociétés, se porte sur l'expression équivalente qu'elle en rencontre en France dans la fusion des sociétés. Et de suite elle commence par abandonner l'erreur première de la jurisprudence qui voulait ne reconnaître à la fusion que les consé-

(1) Cass., 9 nov. 1887, J. S. 1888, 137.

(2) Paris, 20 mars 1891, J. S. 1892, 79.

quences d'un contrat de société ordinaire, qui, en conséquence, ne voulait lui imposer ni d'autres formalités, ni d'autres restrictions.

§ 3. — *Les définitions de la fusion dans la doctrine.*

Nous pensons que l'erreur commise par la doctrine consiste en ce qu'elle se contente en général d'un exposé des faits qui aboutissent au contrat de fusion, se contente ensuite de préciser la nature du contrat en le comparant aux types de contrats connus, mais sans chercher dans l'analyse des éléments de ce contrat les éléments caractéristiques qui serviront de base à une définition précise.

Reconnaître la nature du contrat, reconnaître que c'est un contrat innomé, synallagmatique, ce n'est pas en donner une définition ; ce n'est là qu'une assimilation d'un contrat nouveau à des types de contrats classés déjà, avec lesquels il a des points de ressemblance.

« Il peut être affecté de modalités, dit un auteur, et soumis comme tout autre contrat aux conditions suspensives et résolutoires » (1). Ceci ne nous permet pas davantage de discerner quels contrats seront juridiquement considérés comme étant des contrats de fusion.

Une définition est seule à citer. « La fusion est une

(1) DE NOAILLAT, *op. cit.*, p. 28.

convention qui met fin à une société avant le terme fixé pour sa durée » (1). Deux points sont à en retenir :

1° qu'il y a convention, donc accord de volontés.

2° qu'il y a liquidation, donc disparition d'une société au moins.

Il va nous suffire, pour compléter cette définition, de reconnaître un dernier élément aussi essentiellement caractéristique que les deux premiers, soit :

l'échange de titres.

Car il ne suffit pas que par l'accord des volontés la convention aboutisse à la liquidation d'une ou des deux sociétés, il faut encore que l'actif net de la société qui disparaît soit échangé contre une part des risques sociaux, contre des titres, des actions de la société ancienne ou nouvelle qui l'absorbe.

§ 4. — *Les éléments caractéristique de la fusion.*

Définition proposée.

Nous pouvons ainsi donner l'énumération complète des éléments caractéristiques du type juridique de fusion :

1° accord de volontés ;

2° disparition obligatoire d'au moins une personne morale ;

3° échange de titres.

(1) LYON-CAEN et RENAUULT, *Traité de droit commercial*, t. II, n° 338.

Reprenons chacun de ces éléments et indiquons-en la valeur exacte, avant d'en composer la définition de la fusion que nous voulons proposer.

1° Accord de volontés.

Tout contrat, pour être valable, suppose un accord de volontés librement exprimées. Ainsi deux sociétés, personnes morales, exprimeront librement leur volonté par leurs représentants légaux. Mais qu'advient-il si ces deux personnes morales distinctes ont, pour les représenter légalement, des individus identiques ? La question est posée par M. de Noailat (1), à propos du cas de fusion, admis par M. Vavasseur et discuté par lui, où la fusion est obtenue par « l'achat successif et échelonné des actions d'une société, effectué par une autre société, la confusion des deux patrimoines étant ajournée jusqu'au moment où la société acquéreur jugera opportun de la consommer ». « En achetant ainsi la majeure partie des actions d'une société, ajoute M. de Noailat, une autre société plus importante supprimerait par le fait même l'indépendance de cette société. Que pourrait-on dès lors parler d'un « contrat » de fusion : Où seraient les deux contractants, puisqu'il n'y aurait plus qu'une seule volonté, celle de la société acquéreur, celle-ci faisant la majorité dans les assemblées de l'autre ? » Contrairement à cette opinion, nous inclinons à croire

(1) DE NOAILLAT, p. 53.

qu'il y a contrat et ce, pour deux raisons, l'une d'ordre jurisprudentiel, l'autre résultant de la stricte application des principes généraux du droit civil.

Première raison. — La jurisprudence s'est, à deux reprises, prononcée incidemment sur la question et l'a résolue dans le sens que nous inclinons à admettre. Dans une première espèce, il est question « d'une société civile qui fait apport d'un immeuble à une société anonyme constituée entre les mêmes personnes » (1). La deuxième espèce comprend un attendu où il est question de « sociétés dont les intérêts et le personnel de leurs actionnaires étaient tellement identiques que leurs conseils d'administration étaient composés des mêmes membres » (2).

Dans les deux cas cités, les juges n'ont pas même cru utile de défendre l'opinion qu'ils exprimaient tacitement ainsi, et du contrat de fusion qui leur était soumis, ils ont tiré les conséquences de droit ; c'est qu'ils considéraient sans doute que peu importait la personnalité des représentants des personnes morales en présence ; et c'est notre second argument.

Deuxième raison. — Il ne s'agit pas en effet de la personne des représentants légaux des sociétés, mais bien des personnes morales en présence qui ont chacune leur

(1) Beauvais, 25 avril 1885 et Cass., 15 fév. 1888, Rép. En-reg. 1888, 7039.

(2) Paris, 14 janv. 1891, J. S. 1891, 529.

Fusion des Sociétés.

volonté propre, quel que soit le mandataire qui l'exprime.

Existe-t-il un principe juridique qui interdise à deux personnes de se faire représenter par un mandataire commun ? Etant donné la législation actuelle, peu importe même, au point de vue qui nous occupe, que cette représentation identique de deux sociétés ait été obtenue de telle ou telle façon, du moment que les moyens employés pour représenter identiquement deux sociétés différentes ne sont pas entachés de fraude ; car, s'il y avait fraude, il pourrait y avoir annulation pour vice du consentement, situation que nous étudierons plus loin. La seule conclusion qui s'impose est donc que des personnes morales peuvent être représentées par des personnes réelles identiques.

2° Disparition obligatoire d'une personne morale au moins.

Le type juridique de fusion ne se conçoit pas sans la disparition d'une personne morale au moins, comme dans le cas de l'absorption, c'est-à-dire quand, de deux sociétés en présence, l'une, par suite d'une augmentation de capital, peut, par l'échange de ses nouveaux titres contre ceux de la société qu'elle absorbe, provoquer la disparition de cette dernière. Si plus de deux sociétés sont en présence, l'une peut aussi absorber les autres. S'il y a création de société nouvelle, il y aura encore disparition des sociétés anciennes, le contrat de fusion

comportant leur absorption par une société nouvelle à créer.

On ne saurait nous taxer d'exagération, pour la place que nous faisons, dans la fusion, à la disparition d'une personne morale.

Certains Codes étrangers ont été plus loin, ont même été jusqu'à considérer que, dans la fusion, la dissolution d'une des sociétés était la partie fondamentale de l'opération ; pour eux, la fusion n'est qu'une sorte de dissolution. C'est ainsi que le Code de commerce italien mentionne la fusion, dans son article 189⁷, c'est-à-dire parmi les causes de dissolution de sociétés. Les Codes de commerce roumain et portugais, inspirés du Code italien, citent la fusion au chapitre de la dissolution, le premier à l'article 191⁷, le second sous l'article 120⁷. S'il n'y avait pas disparition d'une société au moins, l'on ne devrait plus parler de contrat de fusion, mais d'entente ou d'alliance. Dans la partie économique, nous avons insisté sur les différences essentielles qu'il y a entre ces trois expressions économiques de la concentration des sociétés. De ces trois expressions économiques, la fusion est la troisième dans l'ordre de concentration croissante, celle où la concentration est maxima, puisque intérêts, éléments de direction et capitaux des différentes sociétés en présence s'amalgament pour ne plus former qu'un capital social dirigé par une direction unique dans un même intérêt. C'est, en

quelque sorte, donner la définition économique de ce type juridique de concentration.

Ainsi une personne morale au moins doit disparaître, puisque le contrat de fusion unifie intérêts, éléments de direction et capitaux sociaux. Ainsi il est inutile d'ajouter que la question ne se pose que quand la disparition intervient avant le terme fixé ; puisque la disparition de la société serait non plus une conséquence du contrat de fusion, mais une conséquence de ses statuts s'il devait n'en être question qu'à la fin de son existence.

De cet exposé résulte cette autre conséquence qui n'est plus à démontrer, que la création d'une personne morale est seulement facultative (1) et ne saurait être ainsi un des éléments caractéristiques de la fusion, ces éléments devant être communs à toutes les modalités du type juridique établi.

3° Echange de titres.

Sans l'échange de titres il n'y aurait pas fusion, car les titres de la société qui disparaît seraient remboursés par la liquidation avec les produits de la réalisation de l'actif. Dans ce dernier cas, il y aurait vente et non apport de l'actif de la société absorbée. S'il y a un traité de fusion, il est inutile qu'une convention spéciale inter-

(1) Paris, 21 août 1860 et Cass., 8 fév. 1861 (J. Pal. 1862, 346). — Aix, 5 juil. 1871 et Cass., 16 avril 1872 (S. 72, 1, 229); Paris, 20 mars 1891 et la note de M. Houpin (J. S. 1892, 78); Seine, 10 mars 1893 (art. 24177, J. Enreg.).

vienne pour commander cet échange, sans lequel le contrat de fusion ne serait pas parfait. Si un arrêt de la Cour de Paris parle « d'une convention à laquelle a adhéré un actionnaire, et tendant à la transformation de ses actions en actions d'une société nouvelle », comme « d'une convention qui n'a été que la conséquence et l'accessoire d'un traité de fusion » (1), c'est qu'une convention semblable peut avoir son utilité pratique pour régler les détails de l'échange, mais il n'en est pas besoin pour que le contrat de fusion soit parfait puisque l'échange de titres est une condition essentielle de la réalisation de ce contrat. « Pour qu'il y ait fusion, dit un auteur (2), il faut que les actionnaires de la société absorbée reçoivent, en échange de leurs anciens titres, des actions nouvelles de la grande société. »

Cet échange, pour avoir lieu, suppose la création de nouveaux titres, soit par suite de l'augmentation du capital de la société absorbante, soit par suite de la création d'une société nouvelle. Il ne peut être question de retenir aucun de ces deux faits comme éléments caractéristiques de la fusion, puisque, d'une part, ils sont exclusifs l'un de l'autre — les parties contractantes ayant seulement le choix entre ces deux modes de réalisation de la fusion — ; et que, d'autre part, l'échange de titres

(1) Paris, 13 mai 1885, J. S. 1890, 316.

(2) DE NOAILLAT, p. 53.

suppose nécessairement l'un de ces faits. Ce qui précise encore l'importance de l'échange et la nécessité qu'il y a à l'admettre comme élément caractéristique de la fusion.

Définition. — La conclusion qui s'impose en fin de ce paragraphe est la définition du type juridique de fusion ; elle comprendra les trois éléments étudiés et considérés comme caractéristiques parce qu'ils sont communs à toute fusion qui fait de plusieurs capitaux sociaux un seul capital social. Deux autres éléments de la fusion des capitaux sociaux doivent ne pas être considérés comme caractéristiques d'un tel contrat parce qu'ils ne sont qu'occasionnels, parce qu'ils ne se rencontrent pas nécessairement dans toutes les modalités du type étudié ; ils ne doivent donc pas entrer dans la composition de la définition : nous voulons parler de l'augmentation de capital et de la création d'une société nouvelle.

Ces distinctions faites, nous proposons la définition suivante, le terme fusion étant pris dans le sens strict de type juridique de fusion :

« La fusion implique une convention passée entre deux ou plusieurs personnes morales, mettant fin avant le terme fixé à l'existence d'une société au moins et impliquant l'échange des titres de la société qui disparaît contre ceux de la société absorbante. »

§ 5. — *La définition proposée permet de distinguer la fusion proprement juridique des autres expressions économiques de concentration des sociétés. — Application du critérium proposé.*

Reconnaître ces éléments caractéristiques nous permet de distinguer le type juridique de fusion des autres expressions économiques de la concentration des capitaux, avec lesquelles on le confond à tort. Cette comparaison que nous allons faire doit être une sorte de mise à l'épreuve de la solidité de la définition proposée ; ce n'est pas seulement une définition, c'est aussi un critérium que nous proposons.

Nous appellerons, pour simplifier :

α l'accord des volontés, β la disparition obligatoire d'une personne morale au moins, γ l'échange des titres.

La fusion comprend $\alpha + \beta + \gamma$. Passons en revue les différentes expressions économiques de la concentration des sociétés, du moins les plus essentielles.

L'alliance. — Nous commencerons par l'*alliance* parce que c'est la forme économique de concentration la plus souvent assimilée à la fusion (1). Considérée tour à tour comme « licite » par Dalloz (2), comme un « mode

(1) Nous n'ajouterons plus dans cette partie que, par « fusion », nous entendons seulement parler du type juridique auquel s'applique la définition donnée plus haut.

(2) Soc. n° 1187 et 1423 ; Rec. périod. 73, 1, 73.

confus » par MM. Houpin (1) et Rousseau (2), si elle n'a jamais été définie juridiquement de façon précise, sinon satisfaisante, c'est que son véritable domaine est le domaine économique ; « elle a, dit Pont (3), le caractère et les effets de la fusion et est soumise aux circonstances de fait » ; l'alliance a bien comme la fusion le caractère d'une concentration de capitaux sociaux, mais il est inexact de lui attribuer les mêmes effets puisqu'elle ne provoque ni l'échange des titres, ni la disparition obligatoire d'une société, qui doivent être retenus, nous l'avons démontré plus haut (4), comme les effets caractéristiques de la fusion quant à l'existence des sociétés qui en sont l'objet ; elle n'a pas non plus ces effets essentiels de la fusion, de provoquer des difficultés quant à la vérification des apports, quand à la perception de certains droits fiscaux redoutablement élevés (5).

Parmi les définitions données de l'alliance par la doctrine, celle de M. Wahl nous montre bien quelles différences séparent l'alliance de la fusion, « c'est un contrat, dit-il, par lequel deux sociétés forment sans se dissoudre une société nouvelle pour favoriser l'écoulement de leurs produits, l'achat des matières premières, etc. C'est un mode d'exploiter et d'administrer son patrimoine. L'as-

(1) *Traité des Sociétés*, n° 633.

(2) *Man.*, n° 2032.

(3) *Traité des Sociétés*, n° 1093.

(4) *V.* pp. 83 et suiv.

(5) VAVASSEUR, *Traité des Sociétés*, n° 443.

semblée générale peut la dicter » (1). Cette définition fait ressortir une caractéristique essentielle de l'alliance : pas de dissolution d'aucune des sociétés entrant dans l'alliance ; c'est bien un des traits essentiels par lesquels elle se distingue de la fusion.

Une autre définition, de la jurisprudence, qui trahit ses soixante ans d'âge par les confusions qu'elle contient, est rapportée par Dalloz [mais c'est vainement qu'après M. Vavasseur nous avons recherché cet arrêt] : « Les sociétés fusionnées ne sont pas dissoutes ; les conditions d'existence sont modifiées : les sociétés continuent de subsister sous la forme nouvelle que leur a donnée la « volonté commune » de leurs membres. » (2) Quelle contradiction dans la première phrase : « des sociétés fusionnées qui ne sont pas dissoutes ! » C'est une phrase dont nous aurions pu enrichir l'histoire, faite en abrégé au commencement de ce chapitre des confusions de la jurisprudence, quand la question de la fusion s'est posée à elle pour les premières fois. Toutefois cette définition, incohérente dans son début, fait ressortir encore cette caractéristique de l'alliance que les sociétés en présence continuent à subsister.

La conséquence à tirer de cette première constatation est qu'il ne saurait être question d'échange de titres dans l'opération qu'est l'alliance.

(1) WAHL, J. S. 1900, 387.

(2) Cass., 9 fév. 1848, DALLOZ, Rép. soc., n° 1187 et 1423.

Ce n'est donc pas un type de fusion, puisque β et γ y manquent. Tel est aussi le sens d'une note du Journal des sociétés : « on a indiqué un troisième mode de fusion. Des sociétés distinctes se réunissent pour vivre parallèlement et établir un centre commun d'opérations, avec une seule dénomination, sous des conditions modifiées et sans se confondre ni cesser d'exister. Il peut bien résulter d'une convention de ce genre une sorte de participation (1), mais elle ne saurait, à notre avis, présenter les caractères juridiques d'une fusion proprement dite, puisque les sociétés continuent d'exister avec leur individualité propre et leur patrimoine distinct » (2).

C'est une « concentration » des éléments de direction ou seulement des intérêts, et non une fusion de capitaux. Elle est ainsi à étudier comme une des multiples expressions économiques du fait de concentration des sociétés, mais à exclure d'une étude juridique de la fusion.

Omnium. — Syndicat de production. — Cartel. — Nous pouvons à peu de choses près répéter pour ces trois expressions économiques de concentration des sociétés, ce que nous avons dit plus longuement pour l'alliance ; la démonstration serait la même, même aussi la conclusion. Les éléments β et γ manquent encore, la non-dissolution empêchant qu'il y ait lieu de procéder à l'échange de titres.

(1) DELOISON, *Traité des Sociétés*, n° 151.

(2) Note sous arrêt, Paris, 20 mars 1891, J. S. 1892, 79.

Vente. — Ici γ seul manque, puisque la vente de son actif par la société absorbée à la société absorbante fait disparaître la première. S'il n'y a pas fusion, c'est que précisément la liquidation aboutit ici à une répartition en espèces faite aux actionnaires au lieu qu'il leur soit attribué une part dans les risques sociaux de la société absorbante, ainsi que cela se passe quand il y a fusion.

Trust. — C'est la place d'indiquer avec précision que le trust en général ne doit pas être confondu avec la fusion, que certains trusts cependant répondent exactement à la définition du type juridique par nous envisagé.

L'élément α se rencontre dans tous les trusts, même quand cet accord de volontés est produit par des majorités acquises par suite de l'achat des titres d'une société par la société plus forte qui veut l'absorber (1).

L'élément β n'est jamais une condition essentielle de la formation d'un trust; jamais la disparition d'une société entrant dans le trust n'a été autre chose qu'une conséquence occasionnelle de la marche du trust; ceci est si vrai, qu'une société peut être exclue de certains trusts après y avoir été admise.

Quant à l'élément γ , il a une histoire. Jusqu'en 1892, « la formalité de l'échange des actions des compagnies contre les trust-certificates est tellement essentielle, que si une entreprise veut adhérer au trust, elle doit aupa-

(1) V. échange de titres, pp. 88 et suiv.

ravant se transformer en une société par actions afin qu'elle puisse obtenir un certain nombre de certificats en échange d'une quantité correspondante d'actions » (1). En 1892, s'ouvre l'ère des anti-trust-laws ; pour y échapper on renonce à l'échange contre les trusts-certificats, ainsi que le montre l'exemple de la réorganisation du « Standard Oil C^o » (2). Suivant une expression empruntée à M. de Noaillet : « l'accord entre les sociétés résulte, non plus d'un engagement formel, mais d'une fusion inapparente entre elles, d'un état de fait et non d'un contrat ». Cette expression nous convient : en effet, ce n'est plus qu'une fusion inapparente, ce n'est même plus une fusion puisque n'a plus lieu l'échange de titres qui trahit l'accord des volontés. Ce n'est plus qu'une alliance où, suivant la formule que nous avons indiquée, ne se rencontre que la concentration des intérêts et des éléments de direction, mais non pas celle des capitaux.

Ainsi, la situation du trust en général semble définie en face de la situation non moins exactement définie de la fusion. Ni β ni γ ne sont des éléments caractéristiques du trust dont d'ailleurs nous ne chercherons pas ici à préciser davantage la notion. Ainsi est démontrée la première opinion formulée par nous, que le trust ne doit pas être confondu avec la fusion.

(1) DE NOAILLET, p. 61.

(2) DE ROUSIERS, *Les Industries monopolisées aux Etats-Unis*, p. 86.

Un second point nous reste à établir : que le trust est une formule plus vague, plus lâche que le terme « fusion » pris dans le sens large où il sert aux économistes le plus souvent, mais aussi à quelques esprits plus juridiques ; s'il est vrai que le terme fusion « lato sensu » n'a jamais pu vouloir dire « trust », nous allons constater qu'il est certains trusts qui ont tous les caractères d'une fusion « stricto sensu », qui répondent exactement au type juridique de fusion que nous avons défini. Ainsi le trust du sucre après sa réorganisation consécutive aux poursuites dont il fut l'objet. « Une compagnie se constitua, l'*American Sugar Refining Co*, qui acheta toutes les anciennes compagnies signataires du trust, paya leurs actionnaires avec les actions nouvelles qu'elle émit, les admettant tous au même titre individuel et fusionna les raffineries. C'était la société monstre substituée à un groupement de sociétés » (1). Si nous donnons ce trust comme exemple d'un trust répondant à notre définition de la fusion, ce n'est pas sans reconnaître que deux objections peuvent nous être faites. L'on peut également nier, semble-t-il, que nous soyions en face d'une fusion et que nous ayions affaire à un trust. « Ce n'est pas une fusion, dira-t-on, mais un contrat de vente ; M. de Rousiers ne parle-t-il pas d'une société qui en achète d'autres et qui « paye » les action-

(1) DE ROUSIERS, *op. cit.*, p. 154.

naires des sociétés absorbées. » Cette objection ne saurait valoir : l'on doit admettre que les termes employés sont quelque peu impropres, car s'il s'agissait d'un véritable achat, le paiement, si paiement il y a, aurait été effectué en espèces et non en titres. L'autre objection, que nous ne serions pas en présence d'un trust véritable, résulte naturellement des faits tels que les expose le même auteur : « Lorsque la loi fédérale contre les trusts eut été votée, » dit-il, l'« attorney général des Etats-Unis voulut poursuivre l'*American Sugar Refining Co* comme trust déguisé. Mais ce fut sans succès. La Cour suprême décida que, telle qu'elle avait été reconstituée, cette société n'était pas un trust mais une corporation ordinaire (c'est-à-dire une société incorporée par sa charte) reconnue par les lois du New-Jersey où elle avait pris naissance, et conforme aux règlements édictés par l'Etat. » Malheureusement pour elle, cette opinion n'est que jurisprudentielle et nous savons par expérience ce que valent en cette matière les meilleures définitions de la jurisprudence. Quelles que soient ses apparences, pour les juges de la Cour suprême, c'est bien un trust que cette société monstre qui commande le marché américain du sucre, qui détient presque un monopole de fait. Puis, ces lois du New-Jersey dont il est parlé ne sont-elles pas celles d'un Etat qui passe à juste titre pour celui qui possède la législation la plus élastique des Etats-Unis en matière de trust ! C'est donc bien à un

trust que nous avons affaire, et c'est bien aussi à une fusion à la fois. Cet exemple ne prouve-t-il pas suffisamment quelle est la compréhension du mot trust, bien que nous devions reconnaître cependant que trust et fusion sont deux termes que l'on ne doit pas juridiquement confondre, même s'ils sont dans le domaine économique, deux expressions équivalentes du même fait de concentration des sociétés.

Conclusion. — Ainsi, notre définition peut paraître suffisante au double point de vue auquel nous nous sommes successivement placés : elle est suffisante pour préciser la fusion juridique en elle-même ; elle l'est encore pour que nous n'ayons plus à la confondre avec ses multiples modalités économiques.



CHAPITRE II

Réalisation de la Fusion

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

La fusion est définie. Voyons comment un tel contrat peut être réalisé. La réalisation suppose une période préparatoire, une certaine capacité des parties contractantes, des formalités à remplir, notamment la publicité, la vérification des apports, l'échange de titres qui consacrent la fusion, et sont nécessaires dans l'intérêt des tiers. Ce sont les titres essentiels que porteront les paragraphes qui suivent. Nous consacrerons le dernier à l'étude des conséquences de la fusion, quant aux sociétés en présence.

SECTION A. — PRÉPARATION DE LA FUSION.

« L'idée première de la fusion est généralement due au personnel dirigeant de la Société : gérant ou Conseil

d'administration. » (1) L'idée peut être suggérée aussi bien par un actionnaire, par un groupement d'actionnaires, que par un syndicat de défense de leurs intérêts. La société d'où émanera l'idée peut être la société absorbante, comme l'indique M. de Noaillet (2) ; ce peut être aussi la société absorbée, sans que cette situation doive retenir plus longtemps notre attention, puisque la qualité de société absorbée appartient souvent aux différentes sociétés qui fusionnent quand elles conviennent d'être absorbées chacune par une société nouvelle créée par elles. L'idée une fois admise par les parties en présence, les situations sont respectivement examinées en commun par les parties intéressées qui, dans ce but, examinent, comparent livres et bilans. L'ordre du jour que l'on soumettra à l'assemblée doit indiquer clairement que sera discutée la question de la fusion. Il doit être « explicite et public » ainsi qu'il résulte d'un arrêt de la Cour de Paris du 19 juin 1885 (3). Il a été jugé également qu'un ordre du jour qui porte « examen de la situation ; mesures à prendre en conséquence » est insuffisant pour permettre la fusion (4). Il ne suffit pas que cet ordre du jour soit « explicite, public, suffisant », il doit encore être considéré comme « indivisible » ;

(1) DE NOAILLET, p. 26.

(2) DE NOAILLET, p. 22.

(3) J. S. 1886, 225.

(4) Trib. com. Seine, 24 mars 1902, J. S. 1903, 136.

« il est impossible de voter seulement la dissolution anticipée et la liquidation conditionnelle de la société sans se préoccuper de la fusion qui constitue la question primordiale dont les autres questions ne sont que l'accessoire et la conséquence. » Puis, les représentants des sociétés qui veulent fusionner préparent et rédigent le contrat de fusion. Mais ici il est deux façons de procéder : ou bien l'assemblée générale des actionnaires donnera mandat au conseil d'administration ou au gérant de discuter et d'arrêter définitivement les conditions du contrat de fusion, ou bien, les représentants des sociétés rédigent en commun un projet de contrat qui ne devient définitif qu'après sa ratification par l'assemblée générale de chaque société (1) ; c'est de cette dernière façon que fut réalisée la fusion de la Banque hypothécaire et du Crédit foncier de France, c'est aussi la plus simple. Parlant du premier procédé, M. de Noaillet dit avec raison qu'« il peut engendrer de sérieuses difficultés. Quels que soient en effet les termes dans lesquels l'assemblée générale a délibéré et ordonné les négociations et enquêtes auxquelles devront se livrer les mandataires, on pourra toujours mettre en question, soit les limites du mandat lui-même, soit l'interprétation que les mandataires en ont donnée, et l'usage qu'ils en ont fait, toutes choses qui ne sont pas à craindre avec le deuxième mode

(1) Trib. com. Seine, 29 juin 1902, J. S. 1904, 40.

de procéder, la ratification par l'assemblée générale ne laissant prise à aucune contestation ; cette assemblée est en effet absolument libre d'accepter, de refuser, ou de renvoyer, pour modifications à y introduire, le projet de contrat qui lui est présenté » (1). D'autant qu'avec l'autre procédé « est nulle la fusion consentie en dehors des conditions ordonnées par l'assemblée générale (2), et cette nullité étant de droit commun, sans analogie avec celles prévues par la loi de 1867, est opposable aux tiers » (3).

Mais ceci suppose déjà résolue la question de capacité. Cette question ne laisse pas d'être complexe ; ne s'agit-il pas en effet de préciser la capacité des représentants des personnes morales contractantes, qui tantôt sont des personnes véritables (un liquidateur par exemple), qui le plus souvent sont ces assemblées d'actionnaires aux pouvoirs si infiniment variables. Encore, avant d'aborder cette question complexe et difficile de la capacité des contractants ou plutôt de leurs représentants, faut-il préciser la personne même de ces contractants. Quelles sont les personnes morales entre lesquelles peut avoir lieu la fusion ? Quelle est la capacité de leurs représentants au contrat ? Telles sont, dans l'ordre où nous les étudierons, les deux questions que comprend celle plus complexe de la capacité des parties contractantes.

(1) DE NOAILLAT, p. 28.

(2) GOIRAND, n° 241.

(3) Paris, 15 fév. 1887 ; R. S. 1887, 186.

SECTION B. — DE LA PERSONNE DES CONTRACTANTS : QUELLES
SONT LES PERSONNES MORALES ENTRE LESQUELLES PEUT AVOIR
LIEU LA FUSION ?

Des sociétés différentes par la forme, par leur objet, peuvent-elles fusionner ? « Aucune loi n'interdit à une société en nom collectif d'entrer comme associé dans une société du même genre » (1). Pour M. de Noaillet (2), ces mots « du même genre », semblent indiquer « que la Cour de cassation exigerait entre les sociétés l'identité de forme ». La note de M. Beudant aggrave encore l'interprétation des mêmes mots et, poussant la restriction plus loin, n'admet la fusion qu'entre sociétés se livrant aux mêmes opérations ; n'est-ce pas en définitive poser comme condition l'identité d'objet ? Cette double interprétation du droit des sociétés, déjà stricte dans la thèse de la Cour, plus stricte encore chez M. Beudant, n'a été ratifiée ni par la jurisprudence ni par la doctrine. Déjà la Cour de Nîmes, dont l'arrêt provoqua le pourvoi qui aboutit à l'arrêt de la Cour de cassation rapporté plus haut, déjà l'arrêt de Nîmes avait admis que l'objet pouvait être différent (3) ; un arrêt de la Chambre des requêtes consacre cette thèse une dizaine d'années plus tard. « Ces actes de fusion », porte un attendu, « sont valables

(1) Cass., 10 décembre 1878, D. 79, 1, 5.

(2) DE NOAILLET, p. 21.

(3) Nîmes, 15 janvier 1878, D. 78, 1, 5.

sous quelque nom qu'ils soient intervenus, même entre deux sociétés de même genre, bien qu'elles aient un objet différent » (1). Si l'identité d'objet n'est plus requise, l'arrêt semble indiquer que les deux sociétés doivent du moins être du même genre, bien que le sens de cette phrase reste peu clair. Toujours est-il qu'il serait difficile de trouver un argument juridique, impossible de trouver un texte légal qui en fasse une condition nécessaire. La doctrine, sans l'hésitation qu'a montrée la jurisprudence, est presque unanime à admettre que forme et objet des sociétés en présence peuvent être différentes (2). Une raison qui commande cette solution, admise en droit allemand, a été donnée par le rapporteur du Code de commerce allemand de 1897 : « Dans le projet, disait-il, nous avons assimilé la réunion d'une société anonyme avec une société en commandite par actions, à la réunion de deux sociétés anonymes, parce que, dans les deux cas, le point de vue est le même. » Une autre raison, donnée par M. Vavas-
seur, commande, pour ainsi dire, la transition de cette section à la suivante. « Pourquoi ces restrictions, dit-il, puisque l'on admet que la liberté des conventions, dans le silence de la loi, régit cette matière, n'y a-t-il pas là

(1) Cass., 9 nov. 1887 (J. S. 1888, 137).

(2) LYON-CAEN, n° 912 ; ROUSSEAU, n° 2624 ; GOIRAND, *Traité des Sociétés*, n° 240 ; HOUPIN, n° 626 ; VAVASSEUR, 427 bis.

une simple question de capacité de la part des représentants légaux des sociétés » (1) ?

SECTION C.

§ 1. — *Des pouvoirs des représentants légaux des sociétés.*

Qui peut décider la fusion ? L'assemblée générale extraordinaire, puisque la fusion entraîne une modification de statuts (2), et parce qu'il s'agit d'une modification des statuts, les administrateurs et gérants ne sauraient prendre une semblable décision, car « ils ne sont que des mandataires qui, tenant leurs pouvoirs des statuts, ne sauraient modifier ces mêmes statuts » (3). Mais l'assemblée extraordinaire n'est pas seule à pouvoir décider la fusion ; le liquidateur peut, dans certaines conditions, faire l'apport. Dans quelles conditions l'assemblée générale extraordinaire, le liquidateur, peuvent-ils décider la fusion ? C'est poser la question de la capacité, ou plutôt des pouvoirs des représentants légaux des sociétés.

§ 2. — *Des pouvoirs du liquidateur.*

Commençons par le liquidateur. A quelles conditions peut-il faire à une société l'apport de l'actif et du passif

(1) VAVASSEUR, n° 427 bis.

(2) GOIRAND, n° 241.

(3) DE NOAILLAT, p. 22.

de la société dissoute contre des actions de la société absorbante (1) ? Deux cas sont à envisager, suivant qu'il y a dissolution amiable ou dissolution judiciaire.

I. — DISSOLUTION AMIALE. — a) Le liquidateur peut-il faire l'apport en vertu de ses seuls pouvoirs ?

La jurisprudence répond par la négative (2). Cette solution ne se justifie que si l'on admet que l'apport est une opération qui par ses conséquences (la fusion qu'elle entraîne) dépasse en importance l'opération de la liquidation dont le caractère essentiel est ainsi changé. Il faut aussi admettre, pour justifier cette solution, que ce caractère essentiel de la liquidation est d'aboutir à une répartition en espèces de l'actif ; mais c'est un point discutable sur lequel nous reviendrons tout à l'heure.

L'assemblée générale peut-elle l'autoriser ? M. Houpin (3) répond par une distinction, répond affirmativement pour certains cas, négativement pour d'autres. Pour la clarté de l'exposition, de la discussion, nous exposerons d'abord l'opinion de M. Houpin, nous la discuterons ensuite.

L'assemblée générale peut-elle autoriser le liquidateur, se demande M. Houpin ?

(1) Voir particulièrement sur cette question M. Houpin, n° 959.

(2) Cass., 20 mars 1860, S. 61, 1, 61 ; Cl.-Ferrand, 14 janv. 1887, Riom, 7 fév. 1888, D. 89, 11, 67.

(3) HOUPIN, n° 259.

a). — Oui :

1° Si les statuts portent formellement que l'assemblée générale peut autoriser le liquidateur à faire l'apport (1) ;

2° Si les statuts autorisent la dissolution pour favoriser la fusion (2).

b). — Non :

Si les statuts se bornent à donner à l'assemblée le pouvoir de régler le mode de liquidation.

Quels sont les motifs qui justifieraient cette solution ? Nous en verrons ensuite les conséquences.

Premier motif. — « Lorsque les statuts d'une société se bornent à donner à l'assemblée générale des actionnaires de la société dissoute le pouvoir de régler le mode de liquidation, nous avons considéré et nous considérons qu'elle ne pourrait autoriser le liquidateur à faire l'apport à une société nouvelle des droits, actions et obligations de la société dissoute et stipuler, comme prix de cet apport, l'attribution d'actions libérées de la nouvelle société aux actionnaires de l'ancienne ; car ce n'est pas là une liquidation proprement dite. En effet, la liquidation est la réalisation de l'actif pour aboutir à sa distribution en espèces aux actionnaires, après le paiement du passif. Or, ces derniers, loin d'être désintéressés, se

(1) Cass., 17 août 1875, D. 76, 1, 359 ; S. 76, 1, 451 ; LYON-CAEN, n° 384 bis.

(2) Cass., 12 mai 1896, et observations de M. Houpin, J. S. 1896, 292.

trouveraient engagés malgré eux dans une nouvelle société » (1).

Deuxième motif. — Jusqu'en 1903, les actionnaires ne pouvaient négocier les actions d'apport, reçues par eux lors de l'échange des titres, que deux ans après la fusion (2), motif qui n'a plus qu'un intérêt historique.

Conséquence de cette solution. — « A défaut de stipulation spéciale, le consentement de tous les actionnaires nous paraît nécessaire. » (3)

Cette solution ne nous semble pas s'imposer ; elle repose sur une définition, trop stricte à notre sens, de la liquidation. Nous ne pensons pas que « la liquidation soit seulement la réalisation de l'actif pour aboutir à sa distribution en espèces » ; mais, disons-nous, « il y a la liquidation dès lors que les droits des actionnaires dans la société disparaissent pour faire place à d'autres valeurs » (4). « Une société par actions, dit un arrêt de la Cour de Lyon (5), peut se dissoudre et se mettre en liquidation, sans avoir la volonté de réaliser l'actif en espèces, mais avec l'intention de faire apport de l'avoir

(1) Note de M. HOUPIN sous Cass., 12 mai 1896, J. S. 1896, 393 ; ROUSSEAU, *Quest nouv.*, p. 111 ; VAVASSEUR, n° 248 *bis* ; DELOISON, n° 125 *bis* ; Cass. 20 mars 1860, S. 61, 1, 62 ; Seine, 17 mars 1897, R. S. 1897, 481.

(2) L. 1867. Art. 3, nouveau ; Houpin, J. S. 1898, 49.

(3) Même note.

(4) WAHL, J. S. 1900, 387.

(5) 24 juil. 1895, A. D. D. C. 1896, 271.

social à une autre société. » Dès lors il suffira que les statuts se bornent à donner à l'assemblée le pouvoir de régler le mode de liquidation, pour que ladite assemblée puisse autoriser la liquidation à faire l'apport. Au surplus, l'autre solution entraîne une conséquence redoutable ; n'est-ce pas « à défaut de stipulation spéciale, le consentement de tous les actionnaires exigé », l'impossible unanimité à obtenir ? Puis « la mobilisation de l'actif et sa transformation en titres négociables ne sont-ils pas souvent le plus sûr moyen de faciliter une réalisation avantageuse » ? (1)

D'ailleurs, veut-on admettre la solution qui n'est pas la nôtre, nous arriverons au même résultat. Il faudra le consentement de tous les actionnaires ; mais cette unanimité est impossible ; la dissolution ne pourra donc pas se faire à l'amiable ; elle sera prononcée judiciairement et si l'assemblée, faute de l'unanimité requise, n'a pas pu autoriser le liquidateur à faire l'apport, ce sont les juges qui l'habiliteront. N'est-il pas plus simple d'admettre la solution que nous proposons ? Ainsi, logiquement, nous sommes amenés à étudier la capacité du liquidateur dans le cas où la dissolution est judiciaire. Auparavant cependant nous devons ajouter qu'une autre solution, intermédiaire entre les deux que nous avons discutées, consisterait à admettre que la majorité des

(1) Seine, 21 mai 1886, Rép. Enreg. art. 6777.

actionnaires suffise pour autoriser le liquidateur. Majorité qui suffirait encore dans le cas du silence absolu des statuts ; alors qu'en ce dernier cas, jurisprudence et doctrine sont presque d'accord pour exiger l'unanimité (1). Presque et non pas tout à fait d'accord, car la jurisprudence est encore contradictoire sur ce point (2). Il peut sembler, jusqu'ici, que la question des pouvoirs du liquidateur doive être ramenée à celle des pouvoirs de l'assemblée qui l'autorise ; il peut sembler que, comme un administrateur ou un gérant, le liquidateur n'est qu'un mandataire qui ne peut décider de la fusion puisqu'il modifierait ainsi des statuts dont il tient ses pouvoirs. Mais l'étude de son rôle, quand la dissolution est judiciaire, va justifier notre plan ; nous allons voir, en effet, le liquidateur tenir ses droits non plus des statuts, non plus d'un vote de l'assemblée, mais d'un pouvoir que n'arrête pas le silence des statuts puisqu'il interprète le silence des lois. Ainsi habilité, le liquidateur décidera en conscience, mais librement, de faire l'apport s'il doit ainsi mieux sauvegarder que par une vente les intérêts de la liquidation. N'est-ce pas justifier l'étude

(1) HOUPIN, n° 959 ; VAVASSEUR, n°s 248 *bis* et 451 ; DELOISON, n° 125 *bis* ; LÉVI, *De la liquid. des soc. com.*, p. 45 ; Cass., 22 fév. 1892 (J. S. 1892, 514) ; LYON-CAEN, n°s 284 *bis* et 909 ; GORRAND, n°s 252, 253.

(2) Ainsi dans un autre sens que la note précédente ; Rouen, 18 juil. 1881 (S. 82, 11, 6) ; Seine, 14 mai 1892 (V. *Suprà*) ; Lyon, 29 avril 1893 (J. S. 1894, 31) ; D. note, 1898, 1, 11.

des pouvoirs du liquidateur, représentant légal de société pour décider ou non la fusion ?

II. — DISSOLUTION JUDICIAIRE. — Dans ce cas l'autorisation est accordée par les juges au liquidateur ainsi habilité. Cette autorisation de justice apparaît chaque fois que l'impossible unanimité des actionnaires est requise. C'est une sorte d'utile et pratique contrepoids à l'absurde rigueur des principes. M. Houpin (1), après avoir énuméré les trois causes célèbres qui nécessitèrent l'autorisation de justice (2), apprécie ces autorisations, aux points de vue des faits et du droit.

a). — En fait :

Ces autorisations sont conformes à l'intérêt des actionnaires qui obtiendraient moins d'une vente que d'un apport.

b). — En droit :

Première opinion. — Donner de semblables autorisations est contraire au droit. Le liquidateur doit répartir l'actif net en espèces. D'ailleurs, si l'on admet l'hypothèse, les actionnaires peuvent exiger la vente des actions par le liquidateur (3). Nous avons indiqué plus haut quelle autre thèse l'on pouvait soutenir. Ajoutons

(1) HOUPIN, n° 959.

(2) Affaires du *Petit Journal*, de la Société immobilière (DELOISON, n° 125 bis), du Panama (Seine, 4 fév. 1889 ; J. S. 1889, 99).

(3) HOUPIN, n° 649 ; Gand, 26 juillet 1896 (R. pr. s. Belg. 1897, 189).

que, dans la pratique, les actionnaires n'auront pas avantage à exiger que les liquidateurs vendent les nouveaux titres ; une telle vente, nécessairement assez considérable, risquerait de déprécier par trop les titres en question.

Deuxième opinion. — Les pouvoirs du liquidateur ne dépendent que du jugement et non plus des statuts, le juge étant seul appréciateur du mode de liquidation ; dans la limite de ses pouvoirs il n'a pas à recourir à l'assemblée générale (1).

L'autorisation de justice se justifie par les mêmes considérations que l'autorisation de l'assemblée : « Quand la transformation de l'actif en titres négociables paraît devoir en faciliter la réalisation » (2).

Ainsi, en résumé, le liquidateur n'est le mandataire que de la liquidation, « représentant les intérêts contradictoires des actionnaires et des créanciers » (3). Sa capacité est celle que commande l'intérêt de la liquidation, intérêt que ne limite pas le principe de l'intangibi-

(1) Seine, 8 avril 1886 (J. S. 1890, 389), 31 août 1887 (R. S. 1887, 594) ; Cass. 23 déc. 1889 (S. 91, 1, 321 ; J. S. 1890, 433), 19 fév. 1890 (J. S. 1893, 186 ; S. 91, 1, 321) ; LABBÉ, note, S. 27, 1, 49 ; Seine, 27 juill. 1892 (R. S. 1892, 518) ; HOUPIN, n° 958 ; GOIRAND, R. S. 1884, 619 ; FAYARD, R. S. 1885, 399 ; CHOPARD, R. S. 1887, 40 ; LYON-CAEN, n° 370 ; VAVASSEUR, n° 245 ; Paris, 29 déc. 1884 (S. 86, 1, 349).

(2) GARNIER, Rép. Enreg. art. 6777.

(3) Seine, 7 juillet 1882 (J. S. 1883, 640).

lité des statuts ; si bien que, dans l'hypothèse même du silence des statuts sur la fusion, il lui appartient, habilité par la justice, de décider en maître, s'il y voit l'intérêt de la liquidation.

§ 3. — *Des pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire. — Question de l'unanimité dans le silence des statuts.*

L'étude des pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire se ramène à celle de la majorité nécessaire dans cette assemblée pour décider la fusion, c'est-à-dire pour décider une modification aux statuts, soit que l'on veuille augmenter le capital, pour absorber une société, soit que l'on songe à liquider la société avant le terme fixé si elle doit être absorbée. Pourquoi, peut-on se demander, ne pas appliquer, en matière de fusion, les règles qui régissent l'augmentation de capital d'une part, de la liquidation de l'autre ? Parce que la fusion est plus complexe que chacune de ces deux opérations ; parce que, dans le contrat de fusion, l'augmentation de capital (ou création d'un capital nouveau) et la liquidation sont deux opérations commandées l'une par l'autre ; parce que la fusion est un acte plus grave qu'un acte de gestion ordinaire, acte plus grave en lui-même que l'augmentation ou création de capital et la liquidation qui le traduisent. Et il est si vrai que ces deux opérations de

liquidation et d'augmentation du capital sont inséparables dans la fusion, que la loi allemande veut qu'il y en ait notification simultanée au juge de commerce qui examine les actes et délibérations qui lui sont soumis, et les fait inscrire sur le registre de commerce (art. 304, Code de commerce allemand).

La question des pouvoirs de l'assemblée, avons-nous dit, se ramène à une question de majorité, majorité variable suivant que la modification des statuts qu'exige la fusion, est prévue ou non par ces statuts. Puis nous étudierons une situation intermédiaire, où, sans que les statuts aient prévu exactement la fusion, ils ont prévu une situation analogue, par exemple l'alliance.

1° La fusion est prévue par les statuts.

Il faut suivre alors les prescriptions de ces statuts puisqu'ils font la loi des parties, la minorité devant subir toutes conditions particulières de délibération et de vote ; l'inobservance des règles ainsi posées par les statuts permettrait aux actionnaires de faire annuler la fusion. De toute façon, si la société est une société anonyme, il faut, aux termes de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, que la moitié au moins du capital social soit représenté à l'assemblée générale (1).

2° Silence des statuts qui ne prévoient pas la fusion, ni aucune autre situation analogue.

(1) DE NOAILLAT, p. 23 ; HUPIN, n° 627 : WAHL, J. S. 1900, 386.

L'unanimité des actionnaires est alors exigée par presque toute la jurisprudence et la doctrine qui voient dans la fusion un changement substantiel, une atteinte essentielle aux bases du contrat de société (1).

Remarquons ici que, de cette unanimité, doivent faire partie tous les porteurs de part de fondateur, si la part est considérée comme une action, si, en conséquence, le porteur de part a le droit d'un actionnaire de prendre part aux assemblées d'actionnaires ; cette situation sera étudiée quand nous étudierons, avec les effets de la fusion, le sort qu'elle fait aux porteurs de parts de fondateur.

« Cette interprétation rigoureuse des principes », dit M. de Noailat (2), « est en opposition avec les nécessités impérieuses de la pratique. Tel est l'avis de MM. Lyon-Caen et Renault et d'autres auteurs. Ainsi une opinion nouvelle s'est-elle traduite, dans ces quinze dernières années, tant en jurisprudence que dans la doctrine (3). Dans ce système, même dans le silence des statuts, l'assemblée générale extraordinaire, réunie conformément aux conditions de l'article 31, peut modifier les statuts à

(1) HOUPIN, n° 627 ; PONT, n°s 1090 et 1690 ; HOUPIN, 1880, 545 ; VAVASSEUR, n°s 167, 248, 428 ; LYON-CAEN, n° 339 ; Paris, 4 avril 1881 (J. S. 1881, 284) ; Seine, 7 juil. 1882 (J. S. 1883, 640) ; Paris, 24 juin 1884 (J. S. 1885, 719) ; Seine, 14 mai 1892 (J. S. 1893, 60) ; Trib. comm. Seine, 22 juin 1902 (J. S. 1904, 40) ; Cass. 17 janv. 1905 (J. S. 1905, 489) ; ROUSSEAU, n° 2623.

(2) DE NOAILLAT, p. 24.

(3) Cass. 30 mai 1892 ; Cass. 29 janv. 1894 (D. 94, 1, 331) ; Note de M. Thaller dans DALLOZ, 93, 1, 103.

la simple majorité des voix ». Une erreur ne doit pas être faite ; contre cette erreur, la doctrine a toujours mis en garde la jurisprudence : l'article 31 vise seulement la composition de l'assemblée extraordinaire, mais ne réglemente pas le vote. « Aucune disposition légale n'a étendu au vote la règle édictée pour la composition des assemblées extraordinaires (art. 31) » (1).

Qui n'a pas dit les dangers de l'unanimité ! Le jugement du 24 juillet 1883, déjà cité plus haut, contient que « dans les sociétés de capitaux, il serait le plus souvent impossible d'obtenir ou de constater le consentement unanime des intéressés, qu'il est juste que la volonté de la majorité suffise pour arrêter la marche d'opérations qu'elle juge dangereuses » (2). « La Société, dit M. Thaller, faute de pouvoir obtenir l'unanimité (surtout si les titres sont au porteur), sera enchaînée au texte originaire quand les transformations de l'industrie l'obligeraient à la remanier. Un seul actionnaire pourra tout empêcher : c'est le « liberum veto » des diètes polonaises. » (3) M. l'avocat général Desjardins (4) montre de façon littéraire sans doute, mais qui ne laisse pas d'être saisissante,

(1) Seine, 24 juil. 1883 (J. S. 1884, 411). Dans le même sens : LYON-CAEN (J. S. 1880, 278) ; HOUPIŒ (J. S. 1880, 539) ; Paris, 24 juin 1884 (J. S. 1885, 720) ; WAHL (J. S. 1900, 386).

(2) Voir note précédente.

(3) THALLER, *Traité de droit commerc.*, 1898, p. 337.

(4) D. 94, 1, 313.

à quelle impossibilité se heurte cette unanimité : « Comment ne pas prendre en considération, dit-il, le nombre des actionnaires qui forment parfois une armée de 50 ou de 100.000 hommes ? Ceux-ci viennent de tous les points de l'horizon ; ils se recrutent sur toute la surface du globe ; ils ne se rattachent l'un à l'autre par aucun lien personnel ; ils appartiennent à toutes les langues et se séparent, non seulement par leurs idées, mais par leurs intérêts. C'est une masse flottante et changeante dont la physionomie se renouvelle et se transforme en quelques heures, de nouvelles générations venant incessamment pousser et remplacer les ouvriers de la première heure. Allez donc demander à cette cohue mobile et bigarrée l'unanime adhésion des « contractants » !

Pour M. Wahl (1), la fusion se décompose en deux opérations distinctes pour chacune des sociétés en présence : augmentation du capital, liquidation avant terme ; il ne saurait donc être question d'exiger l'unanimité ; « pour la société subsistante, dit M. Wahl, la fusion peut être réalisée par l'assemblée générale des actionnaires de cette société ; l'opinion contraire ne peut être soutenue que par les autorités qui considèrent l'augmentation du capital comme modifiant les bases essentielles de la société ». Pour la société absorbée, « comme la loi autorise la dissolution avant terme sans aucune restriction,

(1) J. S. 1900, 386.

l'assemblée générale sera également compétente pour prononcer la fusion.

Au reste, l'assemblée générale d'une société qui se dissout a le droit de déterminer le mode de liquidation de la société. On objecte que la cession de l'actif à une autre société contre des titres de cette société n'est pas une liquidation ; ceci ne nous paraît pas exact : il y a liquidation dès lors que les droits des actionnaires disparaissent pour faire place à d'autres valeurs ». Ayant ainsi analysé le système de la jurisprudence, M. Wahl ajoute : « Il en est de même dans notre système. »

Nous avons déjà dit plus haut pourquoi cette thèse nous semblait difficilement acceptable : la fusion, avons-nous conclu, est un acte plus grave qu'un acte de gestion ordinaire, plus grave que l'augmentation de capital et la liquidation qui le traduisent.

Un jugement du Tribunal de commerce de la Seine (1) indique assez que la tendance actuelle de la jurisprudence est à considérer que la fusion, dans le silence des statuts, ne peut être votée indirectement comme conséquence de la dissolution anticipée et de la liquidation conditionnelle votées seulement. « L'assemblée générale n'a pas le droit, dit ce jugement, de ne statuer que sur une partie de l'ordre du jour et notamment de voter seulement la dissolution anticipée et la liquidation conditionnelle de la société

(1) 23 juin 1902 (J. S. 1904, 40).

sans se préoccuper de la fusion qui constituait la question primordiale dont les autres propositions n'étaient que l'occasion et la conséquence. » Une note au bas du jugement précise les faits et apprécie le jugement en ces termes : « La décision paraît fondée, quoique insuffisamment motivée. En réalité, le conseil d'administration n'avait évidemment renoncé que pour la forme à la proposition de fusion qui figurait en tête de l'ordre du jour. Il semble bien en effet, à la lecture du jugement, que si la fusion n'avait pas été formellement proposée à l'assemblée générale, c'était uniquement pour s'incliner, en apparence tout au moins, devant la protestation signifiée par un actionnaire le jour même de l'assemblée. En se bornant à faire voter la dissolution anticipée et la nomination de liquidateurs qui s'empressèrent de faire apport de l'actif de la société à une nouvelle société, le conseil d'administration arrivait exactement au même résultat que si la fusion avait été votée formellement. C'était faire indirectement ce qu'on ne pouvait faire directement sans violer les statuts qui n'autorisaient point la fusion. C'est cette considération de fait qui paraît avoir déterminé la conviction du tribunal et qui constitue le fondement véritable de la nullité de la délibération de l'assemblée générale et de l'apport de l'actif social à une société nouvelle par voie de conséquence » (1).

(1) Cet arrêt a été confirmé par un arrêt de la Cour de Cassation du 17 janvier 1905 (J. S. 1905, 489).

L'opinion la plus couramment reçue aujourd'hui est que la majorité exprimée serait suffisante. C'est l'opinion de M. de Noailat (1); c'est celle de M. Rousseau telle qu'elle résulte de son rapport sur le projet de loi sur les sociétés anonymes (2).

Le Code allemand de 1898, qui ne fait d'ailleurs que reproduire sur ce point les dispositions de l'ancien Code, dans ses articles 211 et 292, exige que la majorité comprenne au moins les trois quarts du capital social représenté.

3. — Silence des statuts: ils ne prévoient pas la fusion, mais prévoient des situations qui ont une analogie avec la fusion.

La règle sera ici la suivante: l'on comparera les deux modifications en présence, celle qui a été prévue par les statuts, celle qui ne l'a pas été et que l'on veut faire; puisqu'elles ne sont pas identiques, l'une est plus grave de conséquences que l'autre. Si la plus grave est prévue, l'autre modification peut être faite bien que non prévue; dans l'hypothèse inverse, la modification non prévue est la plus grave et ne peut être faite, étant donnée la jurisprudence actuelle, qu'avec l'unanimité. Un dicton populaire nous permet de dire de façon plus saisissante quels sont les pouvoirs de l'assemblée générale: « qui peut le plus, peut le moins ».

(1) DE NOAILLAT, p. 25.

(2) J. S. 1903, 206.

Un exemple : l'alliance a été prévue par les statuts, mais non pas la fusion. La fusion sera-t-elle possible, sans unanimité obligatoire, par le seul fait que l'alliance a été prévue ? Non, parce qu'à la comparaison, la modification non prévue est plus grave de conséquences que celle prévue : l'alliance n'exige ni l'échange de titres, ni la disparition d'une personne morale au moins, qu'exige la fusion. Il faudra donc l'unanimité pour obtenir la fusion. Au contraire, nous pensons que si c'est la fusion qui est prévue par les statuts, l'alliance est implicitement autorisée aux conditions de vote ordinaire, c'est-à-dire sans l'unanimité.

Cet exposé montre quelles limites, quels obstacles, il y a parfois aux pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire. La majorité des $\frac{3}{4}$ du capital social représenté simplifierait heureusement la question, plus encore la pratique. Une disposition transitoire s'imposerait : l'unanimité serait encore nécessaire pour décider le changement d'objet, pour les sociétés constituées avant la loi à intervenir.

SECTION D.

§ 4. — *Formalités à remplir.*

Le vote de la fusion ne serait pas définitif sans que soient remplies certaines formalités. Jurisprudence et doctrine s'en réfèrent à l'énumération de la loi de 1867

et s'efforcent de faire en sorte que la réglementation faite pour la société convienne à la fusion. Nous allons voir, surtout en cette matière, combien c'est faire erreur que vouloir quand même donner à l'une le cadre de l'autre ; le cadre éclatera de toutes parts.

L'opération de la fusion (on devrait plutôt dire les différentes phases, puisqu'il y a toujours au moins une liquidation et une augmentation de capital) est caractérisée par la création facultative d'une société nouvelle, l'augmentation de capital d'une société, s'il n'y a pas création de société nouvelle, et toujours la liquidation d'une société au moins, toutes situations envisagées par le législateur à propos des sociétés. Pour la constitution d'une société il a exigé :

1° La confection de statuts.

2° La nomination des premiers fonctionnaires de la société.

Les formalités qu'il a encore exigées et qui suivent sont communes à la constitution de société et à l'augmentation de capital.

3° La souscription intégrale du capital social.

4° La libération du quart des actions.

5° La déclaration constatant la souscription et les versements.

6° La vérification des apports en nature et avantages particuliers.

7° Une publicité permanente aux greffes du tribunal de

commerce et de la justice de paix et, au siège social, une publicité par la voie de la presse.

Le législateur a exigé pour la liquidation de la société :

1° La nomination des liquidateurs.

2° De la publicité.

De ces nombreuses formalités, les unes ne peuvent être exigées quand la fusion se fait sans appel en numéraire, ce sont : la souscription intégrale, la libération du quart, la déclaration ; une autre, la vérification des apports n'est pas exigée quand encore la fusion se fait sans appel en numéraire, du moins dans l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine. Deux autres formalités : la nomination des premiers fonctionnaires ne peut être exigée que quand il y a création de société nouvelle et non pas, quand la fusion se fait par absorption, puisqu'alors les administrateurs de la société absorbante continuent à gérer en s'adjoignant le plus souvent des administrateurs de la société qui disparaît. De même pour la confection des statuts. Il semble du moins que l'on puisse constater que deux formalités restent communes aux deux matières comparées : la publicité, la nomination des liquidateurs ; même si cela est, cela ne peut justifier le système surtout jurisprudentiel et qui a trop tendance à considérer comme communes aux deux matières en présence des formalités que le législateur ne saurait avoir imaginé que pour l'une d'elles.

Ce n'est pas que nous voulions dire que ces formalités

doivent être abandonnées, d'autres innovées. Non pas ; ce que nous voulons dire, c'est que, dans le cas qui nous occupe, ces mêmes formalités ne peuvent plus avoir la même importance ni être l'objet de la même réglementation. Ainsi, la souscription intégrale ne sera plus une formalité primordiale, puisqu'elle peut être sans objet ; ainsi, la vérification des apports peut être l'objet d'une tout autre réglementation, ainsi que nous le verrons plus loin. Du moins pouvons-nous suivre pour la discussion l'ordre de l'énumération faite plus haut.

§ 2. — *Des formalités qui ne sont pas la vérification des apports en nature.*

4° La confection des statuts.

La question est à résoudre par une distinction suivant qu'il n'y a pas ou qu'il y a création de société nouvelle. Dans le premier cas, il y a seulement modification de statuts existants, il n'y a pas lieu à confection de statuts nouveaux. Dans le second cas, les statuts seront confectionnés dans les conditions déjà étudiées (1).

Le capital nouveau devra être exprimé dans les statuts, mais quel est-il ? Il faut qu'il existe réellement, intégralement et qu'il soit contrôlé par un inventaire fait de bonne foi (2). Le capital nouveau, indiqué aux statuts,

(1) V. pp. 100 et suiv.

(2) DE NOAILLAT, p. 43.

ne doit pas être nécessairement la somme des capitaux des deux sociétés pour leur valeur nominale. Il doit avoir subi les réductions qu'ont nécessitées les pertes ; autrement les tiers seraient trompés et les administrateurs responsables. Il a même été jugé que les actionnaires étaient responsables du capital annoncé aux tiers, dans un cas de reconstitution de société en commandite simple sous forme de société à responsabilité limitée : l'ancienne société était en faillite ; sans inventaire, sans appel de fonds, associés et créanciers s'étaient fait attribuer des actions pour une somme égale au montant de leurs droits. C'est donc avec raison que les actionnaires ont été déclarés responsables du montant réel de leurs actions, en vertu de l'article 3 de la loi du 23 mai 1863 (1). Cette espèce indique assez quel doit être le sens de l'expression « capital réellement exact », il doit être l'expression de « l'actif réellement existant ».

2° La nomination des premiers fonctionnaires de la société.

La question ne se pose que quand il y a création de société nouvelle. Une assemblée générale, composée des actionnaires des deux ou plusieurs sociétés fusionnées, doit être réunie pour nommer les premiers administrateurs et les commissaires, ou le gérant et le conseil de

(1) Cass., 10 mai 1869 (D. 69, 1, 523 ; rejet de Besançon, 29 mars 1867) ; VAVASSEUR, n° 442.

surveillance, s'ils n'ont pas été désignés par les statuts (1) ;

Les actionnaires convoqués à cette assemblée votent chacun avec le nombre de voix déterminé par les statuts, mais sans pouvoir dépasser dix voix (art. 27, 1, 1867) (2), « l'arrêt de Lyon, fait remarquer M. Vavas seur, a ainsi jugé mais n'a pas su faire de distinction entre le vote pour la nomination des administrateurs et commissaires (ou gérant et conseil de surveillance) qui doit être universel (art. 27, 1, 1867), et le vote émis sur le principe de transformation (en l'espèce) qui doit avoir lieu suivant les statuts (art. 19, 1, 1867). »

3° La souscription intégrale du capital social.

Même solution : elle ne saurait être une formalité indispensable à la réalisation de la fusion, puisqu'il peut y avoir fusion sans appel en numéraire, c'est-à-dire sans capital à souscrire. C'est une des différences essentielles qui séparent le contrat de fusion du contrat de société dont on a voulu le rapprocher. Le législateur de 1867 a parlé du capital à souscrire sans supposer qu'un jour il pourrait être des sortes de sociétés qui seraient constituées sans appel en numéraire ; ceci montre assez combien il pouvait peu avoir en vue les concentrations actuelles de capitaux, ainsi que nous l'avons indiqué dans la partie économique. Cette formalité, édictée pour les

(1) Cass. 26 avril 1880 (D. 80, 1, 268 ; J. S. 80, 236).

(2) DE NOAILLAT, p. 43 ; VAVASSEUR, n° 441 ; GOIRAND, n° 242 ; Lyon, 6 fév. 1868 (D. 68, 2, 63).

sociétés par l'article 1 de la loi de 1867, n'interviendra que quand il y aura appel en numéraire.

4° La libération du quart.

Même solution, actuellement du moins. Car avant la loi du 1^{er} août 1893, la question de la libération du quart pouvait se poser même en l'absence d'appel en numéraire, puisque la loi de 1867 n'exigeait pas encore que « les actions représentant des apports fussent toujours intégralement libérées au moment de la constitution de la société » (art. 3 de la loi de 1867, modifié par l'art. 2 de la loi de 1893).

5° La déclaration constatant la souscription et les versements.

Il semble que cette déclaration doive être reconnue nécessaire quand il y a appel en numéraire, qu'elle ne le soit plus dans le cas contraire. Tel n'est pas l'avis de certains auteurs (1), pour qui cette déclaration a toujours son utilité, qu'il y ait ou non appel en numéraire. Pour un de ces auteurs, dans le cas d'augmentation du capital de la société absorbante, le traité de fusion tient lieu de déclaration de souscription et, à ce titre, doit être fait dans la forme notariée (2). Cette opinion ne paraît pas fondée à M. Houpin (3) ; il nous semble en effet que par

(1) Ainsi Louis BOSSY, DE NOAILLAT.

(2) Louis BOSSY, *De l'augmentation et de la réduction du capital dans les sociétés par action*.

(3) J. S. 1899, p. 239.

souscription on ne peut entendre actions d'apports, qu'il ne peut y avoir souscription au sens où l'a entendu le législateur de 1867 qui ne l'a prescrite que pour le cas où il y a appel en numéraire. Pour un autre auteur il y a lieu de faire une déclaration devant notaire, « mais ce n'est pas une déclaration de ce genre, puisqu'il n'y a pas de versements en numéraire » (1). Ce ne peut pas être, en effet, une déclaration de souscription puisqu'il n'y en a pas, ni de versements, puisqu'il n'y en a pas davantage. « Ce qu'il faudra soumettre, ajoute M. de Noaillet, à l'officier ministériel, c'est une liste nominative des nouveaux actionnaires de la première société, avec leurs noms, prénoms, qualités, demeure, le nombre d'actions d'apport remises à chacun d'eux et la mention que ces actions ont été entièrement libérées suivant la prescription de l'article 2 de la loi de 1893. A cette déclaration devra être annexé le double ou une autre expédition de l'acte de société, suivant qu'il a été dressé dans la forme d'un sous-seing privé, ou par acte authentique. » Nous sommes loin de la déclaration de la souscription et des versements telle qu'elle est requise par l'article 1 pour les sociétés ; ce n'est plus qu'un vestige. C'est à tort, selon nous, que M. de Noaillet parle d'une expédition de l'acte de société ; où y a-t-il acte de société, au sens de la loi de 1867 ? Celle-ci exige sept personnes pour créer

(1) DE NOAILLET, p. 33.

une société ; dans le contrat de fusion, des sept personnes qui seraient exigées pour la validité de ce soi-disant contrat de société, deux au moins représenteraient les personnes morales fusionnant ; or, la fusion n'est réalisée, n'est parfaite que par la disparition d'une au moins des personnes morales parties au contrat ; est-ce qu'il a pu être dans l'esprit du législateur de 1867 de prévoir qu'une société pourrait être créée, dont la condition essentielle d'existence serait la disparition d'un de ses fondateurs ? C'est assez dire combien il faut se garder de se laisser entraîner en cette matière à ne voir qu'à travers ce prisme de confusion qu'est la législation existante sur les sociétés. Evitons de prendre ce qui n'est qu'analogies pour des identités ; notre désir, pour plus de simplicité, peut être de ramener l'étude du contrat de fusion à celle du contrat de société, envisagé par la loi de 1867, mais nous devons ne pas confondre notre désir avec la réalité qui s'en sépare. Si d'ailleurs l'on voulait considérer la fusion comme un type de société, il faudrait du moins lui reconnaître une nature spéciale commandant une législation spéciale. La loi de 1867 vise un type particulier de contrats qui ne peut avoir compris et ne saurait comprendre le type nouveau de société qu'est la fusion. Il ne faut donc pas parler « d'acte de société » sans avoir précisé que l'on entend du moins ne pas faire une confusion à laquelle pourrait prêter une formalité utile et même pour les deux contrats comparés.

6° La publicité.

Le nouveau type de société qu'est la fusion doit être publié ; ce qui résulte de l'application par analogie des articles 55 et suivants de la loi de 1867 ; nous disons par analogie, puisque, ainsi que nous l'avons dit et redit, le législateur d'alors ne pouvait avoir en vue cette forme de société. La raison de fond qui commande la publicité est l'intérêt des tiers.

Quelles sont les formalités de publicité à remplir ? « Il faut faire une distinction suivant que l'être moral reste, change ou disparaît » (1). D'autres auteurs (2) développent ce point de vue en « indiquant deux situations différentes » :

1° « S'il y a création de société nouvelle : les formalités prescrites sont celles qu'a indiquées le législateur pour la constitution et la publicité d'une société. »

2° « S'il y a absorption, c'est-à-dire pas d'être moral nouveau, suffisent les formalités prescrites pour porter à la connaissance des tiers les modifications adoptées par la société subsistante. »

Nous avons indiqué déjà combien il était peu satisfaisant au point de vue juridique de vouloir décomposer la fusion en deux opérations distinctes : d'une part une liquidation, d'autre part, soit une création de société nouvelle, soit une augmentation du capital de la société

(1) GOIRAND, n° 242.

(2) ROUSSEAU, n° 2623.

absorbante. Si la publicité doit n'avertir les tiers que d'une augmentation du capital, d'une liquidation de société, les tiers seront bien mal renseignés sur l'importance du contrat passé entre les sociétés qui fusionnent ; leur erreur sera de croire qu'ils sont en face de deux opérations distinctes, qu'ils pourront croire sans lien entre elles. Nous pensons que, dans l'intérêt de ces mêmes tiers, l'on ne saurait trop insister sur l'importance qu'il y a à ce que soit admis ce principe que la fusion n'est pas le résultat de plusieurs opérations différentes, mais qu'elle est une opération unique dont les phases différentes qu'elle provoque, et qui aboutissent à sa réalisation, sont des opérations simultanées, inséparables. S'il en est ainsi, la publicité que commande l'intérêt des tiers doit trahir la simultanéité d'opérations que le législateur a pu considérer séparées à l'occasion d'autres sortes de sociétés ; la publicité doit marquer l'unité de la fusion. C'est l'esprit du code de commerce allemand. Son article 304 porte que la direction doit notifier cette décision *en même temps* que la dissolution de la société par inscription sur le registre du commerce. Cette simultanéité dans la fusion d'opérations différentes mais, dans le cas étudié, commandées, l'une par l'autre, n'a peut-être pas été suffisamment mise en relief. Et si l'on a cité comme modèle la législation allemande, en matière de publicité, l'on eût dû raisonner, sur la nature du contrat de fusion, comme l'on raison-

nait sur les formalités de sa publicité. Ce n'est pas seulement, parce que c'est l'intérêt des tiers, que la publicité doit être simultanée, c'est essentiellement parce que la publicité a pour objet, non pas des opérations distinctes concourant à un même acte, mais un acte complexe, d'unité indiscutable, où seules de dangereuses analogies ont pu faire prendre par erreur des parties intégrantes et inséparables de cet acte pour des opérations ayant chacune et séparément leur objet propre.

L'importance qu'il peut y avoir à faire triompher cette opinion, reconnue déjà par le législateur allemand, est prouvée par les difficultés que provoque la pratique française actuelle. Chacune des sociétés fusionnant n'étant tenue qu'à l'accomplissement des formalités de publicité qui lui sont propres, les tiers peuvent se trouver lésés par le fait de la non publication, par exemple, de la dissolution de la société absorbée ; il a été jugé, dans ce cas, que « la société qui survit n'étant tenue qu'à l'accomplissement des formalités qui lui sont propres, ne saurait être recherchée, parce que la société dissoute dont elle a reçu les apports n'aurait pas publié sa dissolution » (1). La doctrine n'a pas d'autre opinion sur la question (2). Cette difficulté n'aurait plus de raison d'être

(1) Cass. 31 déc. 1889 (R. S. 1890, 126 ; D. 90, 1, 253 ; J. S. 1898, 189).

(2) DE NOAILLAT, p. 38 ; GOIRAND, n° 242 ; VAVASSEUR, n° 442 bis.

si le principe de la simultanéité de la publicité, qui traduit la simultanéité des opérations de la fusion, devait être reçu.

§ 3. — *De la vérification des apports en nature.*

Cette formalité est celle qui fait le plus éclater combien est peu satisfaisante l'application à la fusion des formalités qui régissent les sociétés. Mais exposons d'abord l'opinion de la jurisprudence et de la doctrine actuelles sur la question.

Qu'il y ait ou non création de société nouvelle, la seule question considérée est s'il y a ou non un appel en numéraire en même temps que sont faits les apports pour la réalisation de la fusion. Il n'y a pas lieu à vérification des apports s'il n'y a pas d'appel en numéraire ; mais l'opinion de la jurisprudence et des auteurs n'est pas unanime sur ce point. Passons en revue les deux hypothèses et les solutions différentes.

Première hypothèse. — On ajoute un capital en numéraire aux apports en nature des deux sociétés fusionnées.

Solution :

Il y a lieu de faire apprécier les apports et avantages particuliers par les souscripteurs de ce capital, sauf si ce sont les apporteurs eux-mêmes qui sont les souscripteurs. C'est une première difficulté rencontrée.

Deuxième hypothèse. — Il n'y a pas d'appel en numéraire.

Première solution :

« Tous les intéressés étant intervenus personnellement aux nouveaux statuts, il ne saurait être personne pour vérifier les apports ». Comment en effet former la première assemblée générale de vérification ? (1).

Comment la doctrine justifie-t-elle cette solution ? Pour les uns, la vérification doit surtout éclairer les actionnaires sur la véritable valeur des apports, protéger leurs intérêts ; c'est inutile en cas de fusion, disent-ils, car les sociétés ne sont pas arrivées à conclure leurs accords

(1) Paris, 24 mars 1859 (S. 1859, 2, 438) ; Cass., 26 avril 1880 (S. 81, 1, 5 ; D. 80, 1, 267) ; Nîmes, 17 juin 1885 (J. S. 1888, 137) ; Cass. 9 nov. 1887 (D. 88, 1, 202 ; A. D. D. C. 1888, 68) ; Seine, 23 juillet 1889 (J. S. 57 ; 1891, 535) et 30 juil. 1890 (J. S. 1891, 445) ; Paris, 20 mars 1891 (R. S. 1891, 520) ; 24 mars 1891 (T. C. 92, 340) ; 14 janv. 1891 (J. S. 1891, 529) ; 21 mai 1892 (S. 92, 2, 270) ; 9 mars 1893 (J. S. 1893, 343) ; Grenoble, 17 mai 1892 (D. 92, 2, 325) ; LYON-CAEN, *Dr. com.*, n^{os} 422 et 423 ; BOISTEL, *Dr. com.*, n^{os} 251 et 258 ; BEUDANT, *Rev. crit.*, T. XXXVI, 150 ; VAVASSEUR, R. S. 1887, 26, et n^{os} 416, 437 à 439 ; LABBÉ, S. 1888, 1, 449 ; GOIRAND, n^o 243 ; HOUPIN, n^{os} 500 et 501. Loi belge du 18 mai 1873, art. 30 et 31 ; ROUSSEAU, n^{os} 1159-1162 ; CAMBERLIN, *Journ. des Trib. de com.*, t. 26, p. 103, à la note ; LES-CŒUR, n^{os} 105 et 273 ; ALAUZET, n^o 459 ; MATHIEU, *Gaz. des Trib.* des 5-6 fév. 1877 ; BÉDARRIDE, *Commentaire de la loi de 1867*, t. I, n^o 124 ; RIVIÈRE, n^{os} 24, 41, 51, 104 ; BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, *Soc. com.*, pp. 134 et suiv. ; MATHIEU et BOURGUIGNAT, n^{os} 54, 200, 246, 308 ; BESLAY et LAURAS, n^{os} 117 et suiv., 477-485 ; PONT, n^o 253 et suiv. 965, 968-973 ; DALLOZ, 1867, 4, 103, note 1, alinéa 10.

sans vérifications réciproques de l'état de leurs affaires et de leurs inventaires respectifs, de sorte que, même par analogie, on ne pourrait assimiler leur situation à celle des souscripteurs en numéraire qui n'ont connu l'affaire que par le prospectus et qui, étrangers à la rédaction des statuts et n'ayant pas encore de représentants responsables, doivent être protégés par la vérification (1). Quand il y a fusion, deux conseils d'administration sont en présence, faisant valoir respectivement les droits de chaque société. « L'actionnaire ne court plus les dangers auxquels l'exposent les risques d'une affaire nouvelle, il a des défenseurs vigilants dans les administrateurs qu'il a choisis » (2).

Une autre argumentation consiste à considérer la vérification comme inadmissible « parce qu'elle serait repoussée par le texte aussi bien que par l'esprit de la loi. Les diverses formalités qu'elle prescrit ont en vue la société à son origine : « La société (art. 4) n'est définitivement *constituée* qu'après l'approbation de l'apport ». D'ailleurs, ajoute-t-on, il n'y a aucune analogie de situation entre une société qui a déjà fonctionné un certain temps et une société qui se crée. C'est celle-ci uniquement

(1) GOIRAND, n° 243.

(2) Il est curieux de constater que cette dernière phrase se trouve dans un rapport ayant un tout autre objet que la fusion (rapport de M. Georges Graux ayant pour objet d'autoriser la création d'actions de 25 francs et de faciliter la participation aux bénéfices ; J. S. 1897, 43).

que le législateur a visée ; il a voulu empêcher les sociétés mort-nées ». (1)

Enfin, dans une autre opinion, les deux principales raisons de la vérification n'existent pas dans le cas de fusion : 1° que les souscripteurs n'ont pas concouru à la rédaction des statuts ; 2° que chacun en souscrivant les a acceptés de confiance (2)

Ainsi cette solution dispense de la formalité de vérification ; dès lors, l'inventaire, qui doit être fait avec plus de minutie que jamais, doit être fait de bonne foi, et les éléments de l'actif doivent figurer pour leur valeur vraie ; s'il en était autrement, tous ceux à qui les actions de la société auraient été attribuées, pourraient être considérés comme souscripteurs de ces mêmes actions « proportionnellement à ce dont aurait été majoré l'actif » ; dans une société nouvelle une pareille responsabilité ne se dégagerait sans doute qu'à l'occasion de la liquidation, mais ils seraient alors tenus de libérer leurs actions en numéraire, jusqu'à concurrence du passif (3).

Deuxième solution. — La première solution est contraire à l'article 4 qui énonce une exception à la vérification : le cas où il y a indivision entre les apporteurs. Suivant certains auteurs, l'exception de l'article 4 serait limitative (4). Dans le même sens, M. Thaller, dans une

(1) VAVASSEUR, n° 433.

(2) BRAVARD-VEYRIÈRES, *Soc. com.*, p. 137 et suiv.

(3) Cass., 10 mai 1869 (D. 69, 1, 253) ; GOIRAND, n° 242.

(4) BESLAY, n°s 483 et suiv. ; PONT, 972.

note à propos de l'arrêt du 9 novembre 1887 (1) qui dispense la fusion sans appel en numéraire de la formalité de la vérification, pense que la loi paraît avoir reçu tout au moins une « légère entorse » (2).

Cette deuxième solution n'est pas admise par la jurisprudence ni par la plupart des auteurs. La solution dominante est que la disposition finale de l'art. 4 n'est pas limitative (3). Nous avons vu quels principaux arguments ont fait prévaloir la première solution ; un argument encore à l'encontre de cette deuxième solution peut paraître intéressant : le danger provenant des majorations d'apport à craindre serait beaucoup moindre avec des apports distincts qu'avec des apports indivis, les intérêts des apporteurs n'étant pas aussi solidaires ; c'est donc à *fortiori* qu'on doit appliquer aux apports distincts l'exception édictée pour les apports indivis (4).

Si l'on admet la deuxième solution, la vérification doit avoir lieu même quand il n'y a pas d'appel en numéraire. « Les actionnaires de chaque société apporteuse vérifient les apports de l'autre » (5). Mais une question se pose qui fait apparaître une difficulté dont la solution est con-

(1) A. D. D. C. 1888, 68.

(2) A. D. D. C. 1888, 297.

(3) LYON-CAEN, SIREY, 1877, 2, 1 ; LABBÉ, 1881, 1, 5 ; PONT, *Soc.*, n° 1009.

(4) VAVASSEUR, n° 440.

(5) Paris, 20 mars 1891 (J. S. 1892, 79, avec note de M. Houpin).

troversée : les actionnaires des deux sociétés tout à la fois, peuvent-ils vérifier ?

1^o Arguments pour l'affirmative :

a) La société existe encore comme être moral ; elle est représentée pour l'apport par ses liquidateurs ; il n'y a pas à se préoccuper des actionnaires puisqu'ils n'ont pas à intervenir en cette qualité.

b) Les administrateurs d'une société (représentée par une autre personne) ont le droit de voter comme souscripteurs, sur l'approbation des apports. L'art. 4 n'exclut que les associés qui font des apports en leur nom propre ou stipulent des avantages pour eux-mêmes (1).

2^o Argument pour la négative :

Les actionnaires des deux sociétés ont des intérêts dans les deux sociétés. Ils sont de véritables apporteurs. Leur intérêt les exclut (art. 4) (2).

Etant donné la controverse, il est prudent dans la pratique, de remplir les formalités de vérification, mais la question n'en reste pas moins obscure dans les conditions de son application, et cette application de la loi de 1867 à un contrat nouveau de société qu'elle n'a pas prévu, hérisse la pratique de difficultés. Il ne suffit pas en effet de se décider à remplir par prudence la formalité de la vérification, il faut encore que les conditions d'ap-

(1) Cass., 5 nov. 1895 (J. S. 1896, 65 ; R. S. 1896, 55 ; WAHL, note 5, 1895, 2, 121 ; THALLER, note D, 1897, 1, 113).

(2) HOUPIN, n° 667.

plication de la formalité ne s'opposent pas de façon ou d'autre à son accomplissement. Ainsi les difficultés rencontrées montrent l'insuffisance de la loi de 1867 faite pour certaines sociétés quand on veut en appliquer les formalités à la fusion. Pour citer quelques-unes de ces difficultés : il y a bien un appel en numéraire, mais les souscripteurs sont les apporteurs eux-mêmes ; ces souscripteurs doivent-ils compter dans le quorum de représentation nécessaire ? Si on leur refuse le droit de vote, la fondation de certaines sociétés est rendue impraticable, faute de pouvoir réunir la majorité nécessaire pour accomplir les formalités de vérification (1). Nous avons vu encore quelles difficultés d'interprétation rencontre l'interprétation de l'art. 4 quand on veut en appliquer les principes en cette matière, et combien reste controversable la question de savoir si votent ou non les associés ou actionnaires appartenant aux deux sociétés qui fusionnent.

Mais peut-être aussi la question doit-elle être plus simplement posée ; sans doute gagnerait-elle en précision si, plutôt que d'avoir beaucoup la préoccupation de faire à la fusion l'application stricte des principes de la loi de 1867, l'on se préoccupait seulement des intérêts à sauvegarder, du plus sûr moyen de parvenir à ce but.

Quels sont les intérêts que le législateur a voulu protéger

(1) HOUPIN, J. S. 1892, 180.

en instituant la formalité de la vérification des apports ? Ce sont évidemment les intérêts des tiers. Que faut-il entendre par tiers ? Il faut entendre ici tous ceux qui sont étrangers à l'idée première de la création, qui ne sont ni les fondateurs, ni les apporteurs. Les tiers, ce sont ici indifféremment les actionnaires « qui ne prennent pas part à la confection des statuts » et les créanciers obligataires ou autres. La vérification doit renseigner aussi exactement que possible (car il ne peut être question que d'une exactitude approximative quand l'apport est forfaitaire) les actionnaires sur la bonne foi des apporteurs, les créanciers sur la solidité du gage résultant des apports. Peu importe que la fusion ait lieu par création ou non de société nouvelle, peu importe surtout qu'il y ait ou non appel en numéraire, dans tous les cas les intérêts à sauvegarder sont aussi intéressants. Cependant, peut-on objecter, cette vérification pour valoir doit n'être faite que par ceux qui ne sont pas intéressés à majorer les apports, et s'il n'y a pas appel en numéraire, il est impossible de faire de façon désintéressée cette vérification. Cette objection ne saurait valoir que si l'on persiste à vouloir appliquer en cette matière une législation qui ne lui est pas appropriée. Ainsi, par la fusion, à qui elle est indispensable, une réforme va pénétrer dans la législation des sociétés envisagées par le législateur de 1867 : des experts seront institués pour la vérification d'apport ; ils seront, au choix du législateur, ou bien des officiels comme en

Allemagne, s'ils sont désignés par l'autorité qui dans la région représente les intérêts du commerce (en France, par la Chambre de commerce ou, à défaut, par le Tribunal de commerce); mais on fait à cette institution le reproche d'immiscer la puissance publique dans une œuvre qui échappe à son discernement (1); ou bien, sans plus être officiels, ce seront les « accountants » anglais, si en faveur dans le public anglais dont ils ont l'entière confiance. Ce personnel fonctionnerait en vertu d'un permis délivré par l'autorité. Le tribunal (si c'est lui qu'on charge de cette mission) vérifierait les aptitudes de l'expert au moment de sa nomination. Ainsi n'interviendrait plus la puissance publique; l'agent n'engagerait d'autre responsabilité que la sienne. M. Thaller prévoit que « le concours de ces vérificateurs serait utile au moment : 1° de la constitution légale de la société ; 2° de l'introduction des actions sur le marché ; 3° de la présentation annuelle des comptes des administrateurs ». Ajoutons le cas où, par suite de la fusion, ces vérificateurs interviendraient pour évaluer les apports sociaux.

L'on peut juger facilement des grands avantages de ce système ; les intérêts du public, toujours à considérer avant tout, sont toujours sauvegardés ; toutes les controverses nées en cette matière de la distinction faite par la jurisprudence entre les cas où il y a appel en numéraire

(1) THALLER, *Rev. politique et parlem.*, janv. 1903.

et ceux où ce numéraire n'intervient pas, disparaissent. Puis cette expertise ne serait plus l'exception réclamée le plus souvent trop tard, c'est-à-dire en justice, quand le mal est fait, quand des intérêts sont lésés (1). Dès lors, il y aura vérification dans tous les cas où il y aura apport ; et si l'on veut nuancer, préciser, trouver quelque différence à faire entre des situations qui ne menacent pas également les intérêts du public, l'on peut décider, par analogie avec la situation créée par le législateur pour la négociabilité des actions d'apports, que la vérification des apports par le ministère des experts officiels ne sera exigée en cas de fusion que pour les sociétés ayant moins de deux ans d'existence. Cette exception se justifierait par les mêmes raisons par lesquelles on justifie la négociabilité immédiate en cas de fusion des actions d'apport des sociétés ayant deux ans d'existence : le public n'a pas à être éclairé, la société a un passé sur lequel il peut la juger.

Telle serait l'économie nouvelle de la formalité de vérification des apports. Indispensable pour la fusion, si l'on veut la clarté, cette réforme, préconisée pour les sociétés envisagées par la loi de 1867, leur profiterait. Ainsi ne seraient plus possibles ces fusions faites sans appel en numéraire pour éviter la vérification d'apports indûment majorés, fusions suivies, quelque temps après cette

(1) Cass., 26 avril 1880, J. S. 1880, 236.

opération, d'une augmentation de capital, dont les souscripteurs ne peuvent plus alors vérifier les apports de la société dont ils souscrivent les titres.

Ainsi la pratique judiciaire y gagnerait en clarté, et les intérêts du public seraient sauvegardés mieux qu'ils ne le sont, et assurément autant qu'ils peuvent l'être dans une législation respectueuse de la liberté des parties à un contrat.

SECTION E. — MODES ET MODALITÉS DE LA FUSION.

§ 1. — *Modes de la fusion.*

Nous avons vu qu'il ne fallait pas prendre pour des modes de la fusion juridique, ces formes économiques telle que l'alliance dont nous l'avons distinguée en la définissant (1). Il est seulement deux expressions juridiques qui satisfont aux trois conditions énoncées comme éléments essentiels et caractéristiques : la fusion par absorption, la fusion par création d'une société nouvelle ; mais certains auteurs et aussi la plupart des arrêts de la jurisprudence considèrent l'augmentation de capital comme assimilable à la constitution d'une société (2). Si

(1) V. pp. 91 et suiv.

(2) Cass., 8 mars 1876 (*J. Pal.* 1876, 1051) ; Cass., 14 nov. 1876 (S. 1878, 1, 201 ; *J. Pal.* 1878, 510) ; Cass., 5 nov. 1879 (S. 1880, 1, 172) ; Paris, 25 juin 1883, Cass., 17 juil. 1885 (S. 1887, 1, 286 ; *J. Pal.*, 1887, 1) ; Paris, 20 juin 1891 (*J. S.* 1892, 70) ;

cette opinion était admise, l'absorption étant subordonnée à une augmentation de capital, la société absorbante devrait être considérée comme nouvelle, et les deux modes de fusion que nous avons énoncés ne feraient plus qu'un ; ce serait évidemment une simplification qui peut être un argument de plus en faveur du principe de l'assimilation de l'augmentation de capital à la constitution de société, principe que d'ailleurs certains pays étrangers ont déjà consacré par un texte légal (1).

Ce principe de l'assimilation n'est pas admis par tous les auteurs. Pour certains, « l'augmentation n'entraîne pas création de société nouvelle, quand, si importante qu'elle soit, elle n'intervient qu'en exécution des statuts et de l'objet social » (2). La même opinion est exprimée par la Cour de Paris dans une espèce où une société ayant pour objet certaines opérations immobilières s'était annexée à une autre société ayant le même objet (3). La solution est très controversable, et certains auteurs (4), discutant un cas où les sociétés fusionnées avaient fait

LYON-CAEN, t. 2, n° 870 ; BEUDANT, *Rev. critique de légis. et de juris.*, XXXVI, 121 ; BUCHÈRE, J. S. 1883, 471 ; GRIOLET, D. 1869, 1, 146 ; THALLER, n° 699.

(1) C. allemand de 1897, art. 279 à 297 ; C. portugais, art. 116.

(2) Note HUPIN (J. S. 1892, 81) ; VAVASSEUR, I, n° 376 et suiv. ; PONT, II, n° 876 ; BESLAY et LAURAS, n°s 145 et suiv. ; DELOISON, n° 153.

(3) Paris, 21 août 1860 (*J. Pal.* 1862, 346).

(4) VAVASSEUR, n° 448.

appel à un nouveau capital (1), se demandent si l'on ne doit pas surtout tenir compte de la volonté des parties. Il semble que le critérium ainsi proposé serait satisfaisant en matière de fusion : quand les sociétés fusionnant auront choisi le mode par absorption, elles auront signifié clairement par ce fait qu'elles n'entendent pas créer de société nouvelle, puisqu'elles pouvaient choisir le mode par création de société nouvelle si elles en avaient eu l'intention.

Il n'est pas douteux cependant que la solution doive être très controversable tant qu'un texte légal n'aura pas imposé définitivement une solution. Si, quant à nous, la solution qui adopte le principe de l'assimilation nous paraît préférable, c'est ainsi que nous l'avons indiqué déjà, parce que cette solution simplifierait en confondant les deux modes actuellement distingués de fusion ; la distinction n'aurait plus dès lors qu'un intérêt exclusivement théorique, puisque, pratiquement, les résultats seraient les mêmes au point de vue de la publicité et des formalités fiscales, qu'il y ait fusion par absorption ou par création de société nouvelle.

Dans l'état actuel de la jurisprudence et de la doctrine, il semble préférable que soient appréciés les faits et l'intention des parties (2).

N'oublions pas que nous avons considéré la créa-

(1) Paris, 24 mars 1859 (D. 59, 2, 146).

(2) *D. supplém.*, n° 802 à 804.

tion de société nouvelle comme un élément non caractéristique de la fusion. Si le principe de l'assimilation était admis, il n'y aurait plus de fusion sans création de société nouvelle, formalité qui deviendrait un quatrième élément caractéristique de la fusion.

Nous ne pouvons terminer ce paragraphe sans parler d'un mode de fusion qui semble avoir ses caractères propres, mais qui se ramène, en somme, à l'absorption. Certains auteurs l'ont dénommé « annexion tacite » (1). Il arrive fréquemment que quelques sociétés acquièrent des titres d'une autre société. La loi n'interdit pas qu'une société devienne actionnaire d'une autre société (2). L'arrêt cité ajoutait que pour être rare le fait n'en était pas moins licite ; le fait depuis cette époque, surtout depuis ces dix dernières années, est devenu de plus en plus fréquent. Il est une exception à cette autorisation tacite de la loi : les compagnies d'assurances ne peuvent acquérir les actions de compagnies similaires pour les absorber par la suite, l'emploi de leur numéraire étant limitativement prévu par l'article 5 du décret du 22 janvier 1868.

Certains auteurs voient un cas de fusion dans cet achat échelonné et successif ou en bloc des actions d'une société (3). Il ne faut pas oublier qu'il ne saurait y avoir

(1) HOUPIN, 632.

(2) Cass. 10 déc. 1878 (D. 79, 1, 5).

(3) VAVASSEUR, n° 430 ; HOUPIN, n° 632.

fusion que s'il y a échange de titres ; si les titres achetés sont acquis contre du numéraire, il y aura achat et non fusion tant qu'il n'y aura pas eu échange ; l'achat n'a pour but en somme que de permettre à la société qui veut absorber l'autre, de disposer de la majorité dans les assemblées de cette dernière pour faire voter la fusion.

Le cas d'ailleurs est complexe ; il commande de faire plusieurs hypothèses successives. Tant qu'il n'y a qu'achat de titres par une société, nous sommes en face de ce que l'on a appelé un *omnium*, une société actionnaire. L'*omnium* est en effet une société qui sert de capitaux, soit en souscrivant directement leurs titres, soit en les faisant souscrire par ses actionnaires, d'autres sociétés qui sont ou non ses filiales ; jusqu'ici il ne saurait être question de fusion, il n'y a ni disparition d'une personne morale au moins, ni échange de titre. Supposons maintenant que la société actionnaire veuille absorber l'une de ses filiales ; deux moyens sont à sa disposition : 1° elle acquiert la majorité dans les assemblées s'il y a résistance de la société à absorber et fait voter la fusion par ses représentants légaux ; 2° elle procède à l'achat successif de tous les titres de la société visée par elle. Dans ce cas, l'achat de la dernière action emporte : a) fusion des deux sociétés ; b) dissolution de la société absorbée (1).

(1) Cass., 9 août 1859 (S. 60, 1, 470), 10 avril 1867 (D. 67, 1, 397 ; S. 67, 1, 677), 7 fév. 1881 (S. 81, 1, 276) ; Seine, 18 nov.

Cette dissolution est constatée : 1° par acte notarié, pour constater : α) le fait de la possession par un seul actionnaire (la société absorbante) ; β) la dissolution qui est la conséquence de la possession par un seul ; 2°) par la publication de l'acte de dissolution conformément à l'article 64 de la loi de 1867. Cette cession entraînant la dissolution il n'y a plus cession d'actions, mais mutation des parts acquises par le cessionnaire devenu l'unique associé, mutation qui donne ouverture au droit proportionnel suivant la nature des biens de l'ex-société (1). Quand les actions sont nominatives, les registres de la société ne peuvent réaliser la vente des dernières, puisque la société ne fonctionne plus ; la cession doit alors être faite par acte notarié constatant la dissolution, avec annexe constatant l'annulation des titres (2). Mais s'il y a annulation des titres, il ne saurait y avoir fusion, celle-ci n'étant réalisée que par l'échange des titres ; il y a alors simplement achat de titres et, par voie de consé-

1890 (R. S. 1891, 109) ; GARNIER, *R. p.*, art. 2577 ; *Rev. prat. soc. belge*, 1891, 320.

(1) DALLOZ, n° 1795 ; HOUPIN, n° 949 ; DEMANTE, n° 519 ; GARNIER, *Rép. gén. enreg.* V° Soc. n° 337 ; Seine, 4 août 1865 ; Charleroi, 3 août 1882 (J. S. 1889, 484) ; Valenciennes, 2 fév. 1883 (J. E. art. 22166) ; Bordeaux, 26 mars 1890 (J. S. 1891, 322) ; Cass., 17 nov. 1890 (J. S. 1891, 278 ; J. E. 1891, 18) ; MAGUÉRO, *Traité alph. des droits d'enreg.* V° Soc. n° 289 et suiv. — Contrà : Seine, 24 fév. 1841 ; CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, n° 3688 ; Suppl., n° 117.

(2) HOUPIN, n° 949.

quence, acquisition à titre onéreux de l'actif de la société qui disparaît.

Ce serait une erreur de croire que pour faire disparaître la société que l'on veut ainsi soit absorber par fusion, s'il y a échange de titres, soit acheter, s'il y a annulation des titres acquis, il est nécessaire d'acquérir la totalité des titres. Le nombre des titres importe moins que le nombre des actionnaires. Aux termes de l'article 43 de la loi de 1867, « la dissolution peut être prononcée sur la demande de toute partie intéressée, lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'époque où le nombre des associés est réduit à moins de sept ». Ainsi la société actionnaire pourra soit absorber, soit acquérir l'actif de la société appelée à disparaître, en demandant simplement, comme intéressée, sa liquidation. Nous préférons cette solution à celle qui consiste à acheter jusqu'au dernier titre ; elle est pratiquement plus simple puisqu'elle aboutit aux formalités d'une liquidation normale. Ainsi a-t-on pu voir que ce soi-disant mode nouveau de fusion, ou bien n'était pas un mode de la fusion juridique parce qu'il y avait annulation au lieu d'échange de titres, ou bien se ramenait tout simplement au mode étudié déjà de l'absorption.

§ 2. — *Modalités de la fusion.*

Comme tout autre contrat le contrat de fusion peut être conditionnel ou peut être fait à terme.

1° *Fusion conditionnelle.* — La condition peut être suspensive ou résolutoire.

a). — Condition suspensive :

La condition suspensive la plus fréquente, la plus spéciale à la fusion, est que le passif de la société absorbée sera préalablement acquitté. Ainsi, quand les liquidateurs ne sont autorisés à réaliser la fusion qu'après la clôture définitive de la liquidation (c'est-à-dire après l'extinction réelle et effective du passif), cette autorisation est soumise à une condition suspensive ; et la fusion est nulle si elle est opérée avant le paiement du passif, même s'il est mis en réserve une partie de l'actif qui corresponde au passif non encore acquitté (1). On énonce encore le même cas en disant que la dissolution n'est effective qu'après l'apport de l'actif à la société absorbante (2).

Autre condition suspensive : le traité de cession, de fusion ne sera valable définitivement que s'il est approuvé par les assemblées générales des actionnaires des deux sociétés contractantes (3).

b). — Condition résolutoire.

(1) Seine, 12 nov. 1883 (R. S. 1884, 48) ; Paris, 24 avril 1884 (R. S. 1884, 488) ; Rouen, 7 avril 1886 (J. S. 1886, 520) ; Paris, 15 fév. 1887 (R. S. 1887, 576) ; Seine, 7 juin 1887 (R. S. 1889, 522).

(2) Seine, 1 oct. 1883 (R. S. 84, 38) ; Paris, 16 juillet 1887 (J. S. 90, 375), 5 juil. 1900 (J. S. 1900, 428).

(3) Le Havre, 8 nov. 1888 (Rép. enreg. 89, art. 7188) ; Cass., 8 janv. 1889 (Rép. enreg. 89, art. 7206).

« La condition résolutoire, dit l'art. 1184 du Code civil, est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera pas à son engagement. » Nous avons vu que la fusion rentre dans la catégorie des contrats visés par l'art. 1184. N'avons-nous pas reconnu l'accord de volonté comme un élément caractéristique et essentiel du contrat de fusion ? Ainsi il y aura condition résolutoire, quand l'une des parties se refusera à l'exécution d'une partie du contrat ; mais indépendamment de la volonté des parties, il y aura encore condition résolutoire, quand l'une d'elles sera mise dans l'impossibilité de remplir les conditions à elle imposées par le contrat ; par exemple dans le cas où l'une des sociétés à fusionner serait déclarée en faillite : « un projet de fusion de deux sociétés, avec engagement pris par un associé d'éteindre le passif de l'une d'elles, sous la condition qu'elle apporterait son actif dans la nouvelle société, ne saurait obliger celui qui l'a souscrit, s'il est démontré que les conditions auxquelles sa promesse était subordonnée n'ont point été remplies, et ne peuvent plus l'être, par suite de la faillite de la société » (1).

Mais le contrat n'est pas toujours résolu de plein droit, comme quand il y a faillite ; s'il y a, non pas impossibilité pour une partie de s'exécuter, mais résistance, mauvais vouloir, la partie envers laquelle l'engagement

(1) Lyon, 29 oct. 1890 (J. S. 1891, 443).

n'a pas été exécuté à le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, puisqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts (art. 1184 C. civ.). Ces dommages et intérêts peuvent être le plus souvent considérables, en matière de fusion, par suite de l'importance des intérêts en présence.

2° *Fusion à terme.* — « Le terme diffère de la condition en ce qu'il ne suspend pas l'engagement dont il retarde seulement l'exécution » (art. 1185 C. civ.). Ainsi, sont soumis à cette modalité les contrats de fusion qui ne prévoient sa réalisation que pour une date plus ou moins éloignée ; l'engagement est bien pris définitivement d'opérer la fusion, mais sa réalisation est retardée, par exemple pour permettre à la société absorbée d'éteindre son passif, afin d'éviter les droits considérables qu'elle aurait à payer au fisc si elle faisait l'apport immédiat de son actif et de son passif. La fusion est encore réputée être faite à terme, quand bien même une partie de l'actif serait apportée dans la société absorbante avant la date fixée ; mais la société apporteuse ne pourrait pas reprendre son apport, l'art. 1186 du Code civil l'en empêcherait, qui énonce que « ce qui a été payé d'avance ne peut être répété ». Le terme « payé » doit être ici compris dans le sens d'« apporté » ; ce que veut dire l'article cité, c'est que toute exécution partielle d'un contrat à terme est définitive.

Nous avons dit « exécution partielle » ; il ne faut pas

en induire qu'il soit dans notre pensée que la fusion peut être partielle ; nous avons vu déjà que cette fusion n'est pas possible à autoriser parce qu'elle aboutit à une distraction d'actif, à une diminution du gage des créanciers. L'exécution partielle, dont nous voulons parler, n'est pas une distraction d'actif, puisque l'actif apporté n'est apporté que contre des titres de la société absorbante que gardera la société apporteuse, jusqu'au moment fixé pour la réalisation de la fusion par l'échange de titres ; pour qu'il y ait fusion partielle, il faudrait que la société apporteuse commette l'erreur d'attribuer à ses actionnaires, au prorata de leurs droits, ces titres reçus en échange de l'apport d'une partie de son actif.

Cette modalité est celle à laquelle on peut avoir recours quand la complexité des affaires qui sont l'objet des sociétés en présence nécessite de longues formalités, telles qu'inventaires de marchandises, examens de comptabilité. Mais la raison essentielle qui fait recourir à cette modalité est le désir d'éviter le paiement de lourds droits fiscaux sur l'apport du passif.

Il est de toute importance, en cette matière, de ne pas confondre le contrat fait à condition avec celui fait à terme. L'intérêt de la distinction ressort tout particulièrement, sinon exclusivement, pour les créanciers. Si la fusion est conditionnelle, ils peuvent dire : la condition n'est pas remplie, la fusion est non avenue, la séparation des patrimoines subsiste. Quand la fusion

est faite à terme, ils ne peuvent plus invoquer la non réalisation de la condition ; l'exécution sans doute est retardée, mais l'engagement n'est pas suspendu (article 1185 C. civ.) ; l'engagement de réaliser un jour la fusion est définitivement pris.

SECTION F. — TERME FINAL DE LA FUSION.

L'ÉCHANGE DE TITRES.

La fusion est réalisée par l'échange de titres qui consacre l'apport de l'actif brut et du passif ou l'apport de l'actif net, si le passif a été préalablement déduit.

Nous verrons plus loin l'intéressante question que soulève en droit fiscal l'apport du passif en matière de fusion.

Un projet de loi norvégien sur les sociétés par actions prévoyait, pour le cas de fusion de plusieurs sociétés en une nouvelle, une direction transitoire, nommée par les différentes compagnies, pour liquider le passif (1). Ce principe serait des plus utiles à admettre ; cette direction transitoire, non seulement liquiderait le passif, mais présiderait à toutes formalités d'apport ou autres qui aboutissent à la formalité finale de l'échange des titres qui consacre la réalisation de la fusion.

Nous ne reviendrons pas ici sur l'importance de cet élément du contrat de fusion. La question qui se pose

(1) A. D. D. C. 1895, 229.

ici est celle des conditions dans lesquelles s'effectue cet échange : proportion en nombre et en valeur des titres à échanger, délais dans lesquels il doit être procédé à l'échange, sont les questions que pose la pratique, questions uniquement de règlement intérieur, devons-nous ajouter, qui ne peuvent vicier la fusion ni influencer sur son sort. C'est ainsi qu'en a décidé un jugement du Tribunal de Commerce : « Attendu, dit-il, que si la répartition des titres implique des modalités ou des difficultés d'exécution devant faire l'objet d'un règlement ultérieur, cette circonstance ne saurait vicier la délibération elle-même ni influencer sur son sort. » (1)

Ainsi que cela résulte de l'arrêt cité, la proportion des titres à échanger est telle que la décident les intéressés qui n'ont pas à se préoccuper de savoir si, en exigeant deux anciens titres pour un nouveau, ils mettront dans l'embarras ceux qui en ont un nombre impair ; ces derniers en achèteront ou revendront un pour faire le compte exigé.

La valeur des titres peut être celle qui résulte du cours moyen des actions en Bourse, pendant la dernière année avant la fusion ; un jugement a décidé cependant que « la valeur des titres attribués aux anciens actionnaires se détermine, non par la cote de la Bourse, mais par la déclaration estimative de la société » (2). Remarquons

(1) Seine, 14 mai 1892 (R. S. 1893, 34 ; J. S. 93, 60).

(2) Seine, 13 juil. 1888 (Rép. enreg. 1888, art. 7120).

que le plus souvent, quand n'interviennent pas de manœuvres spéculatives qui peuvent fausser les cours, le cours moyen donne pour le titre une valeur sensiblement la même que celle énoncée dans la déclaration estimative de la société.

Un délai est naturellement fixé, passé lequel seront déclarés forclos ceux qui n'auront pas présenté leurs titres à l'échange. Un jugement justifie ainsi cette mesure : « La société ne pouvant demeurer indéfiniment sous le coup d'une demande en échange de titres, les actionnaires doivent effectuer l'échange dans les délais impartis dans le contrat de cession. Passé ce délai, ils encourent la forclusion sans pouvoir agir de ce chef en indemnité contre la société nouvelle qui s'enrichit de la valeur des titres non présentés à l'échange » (1).

Mais l'échange de titres ne libère pas les actionnaires des obligations contractées par le fait de souscription. Ainsi en a décidé un jugement qui déclare les actionnaires tenus de libérer leurs titres (2). Cette solution est justifiée, sinon, pour la part de capital non versé, il y aurait enrichissement sans cause pour les actionnaires, distraction d'une partie de son actif pour la société, tous faits de nature à nuire aux intérêts des créanciers et que ferait ressortir la liquidation de la société.

(1) Seine, 17 mars 1897 (R. S. 97, 481 ; A. D. D. C. 98, 16) ; VAVASSEUR, n° 248 *bis* ; HOUPIŒ, n° 649.

(2) Seine, 13 nov. 1891 (J. S. 1893, 321).

CHAPITRE III

EFFETS DU CONTRAT DE FUSION.

Nous avons étudié les effets de ce contrat quant aux droits des sociétés en présence, des représentants légaux de ces personnes morales, des actionnaires. Il nous reste à étudier ici ses effets pour les créanciers et les porteurs de parts de fondateur, la fusion pouvant porter atteinte à leurs droits.

SECTION A. — DROITS DES CRÉANCIERS.

§ 1. — *Des créanciers en général.*

Les droits des créanciers peuvent se résumer en une phrase : ils ne peuvent s'opposer à la fusion, ils peuvent seulement, et certains exclusivement, demander la séparation des patrimoines des sociétés qui fusionnent.

Ces droits des créanciers sont représentés dans la société par l'élément passif. Quel est le sort de ces droits, de ce passif dans la fusion ? Telle est la question qui se pose à nous. Disons de suite que nous n'étudierons

ici la question qu'au point de vue juridique, renvoyant à plus loin l'étude du côté fiscal de la question. L'on reconnaît en général trois modes d'extinction du passif (1) ; à l'occasion de chacun d'eux, nous examinerons ce que deviennent les droits des créanciers.

1° La société absorbée acquitte personnellement son passif, en réalisant une partie de son actif ; elle n'en apporte que le surplus, c'est-à-dire l'actif net.

Dans cette hypothèse, les droits des créanciers sont entièrement respectés.

L'actif tout entier reste leur gage jusqu'à ce que soient épuisés normalement leurs droits.

2° La société absorbée apporte ses biens et reste personnellement chargée d'acquitter le passif. Elle peut acquitter ce passif :

a) avec des fonds lui appartenant ;

b) avec des actions de priorité acceptées en paiement par les créanciers (ces actions, créées jusqu'à concurrence du passif, faisant partie de celles attribuées en représentation des apports) (2). « Il y a intérêt pour la société absorbante à pouvoir se libérer ainsi, car les paiements qu'elle serait obligée de faire lui réduiraient ses disponibilités » (3). Avant la loi de 1903, alors que les actions d'apport n'étaient pas négociables avant deux

(1) HOUPIN, n° 631.

(2) Paris, 28 mai 1884.

(3) Rapport Raiberti sur projet Millerand sur les actions de priorité, du 12 juin 1899 (J. S. 1900, 873).

ans, le passif pouvait encore être acquitté avec les fonds provenant de la cession civile d'une partie des actions d'apport ; le cas se présente encore aujourd'hui, mais seulement quand la société absorbée n'a pas deux ans d'existence.

Dans cette hypothèse, les droits des créanciers sont encore sauvegardés, mais ils ne le seraient plus, selon nous, si la société fusionnait une partie de son actif, en en conservant une partie pour éteindre son passif ; si les actions d'apport qui lui sont attribuées pour la partie de son actif qu'elle fusionne sont par elle réparties entre ses actionnaires avant l'extinction de son passif, il y a distraction d'une partie de l'actif et le gage des créanciers est ainsi diminué (1).

3° La société absorbée apporte son actif brut, à charge par la société absorbante d'acquitter le passif.

Dans cette hypothèse, il est important que les créanciers conservent les mêmes garanties qu'ils avaient dans leur précédente situation. La fusion ne peut avoir d'effet à leur égard ; ils ne peuvent être contraints à changer de débiteurs ou à renoncer aux garanties attachées à leurs créances. Mais la situation n'est pas la même pour tous les créanciers : ceux de la société absorbée ont le droit de se faire payer sur les biens de la société obligée envers eux, sans avoir à subir le concours des créanciers

(1) Paris, 24 avril 1884 (R. S. 84, 496) ; 15 fév. 1887 (R. S. 87, 186), *contra* VAVASSEUR, n° 432 *ter*.

dont la deuxième société est débitrice ; tandis que les créanciers de la société absorbante n'ont pas la séparation de patrimoines (1). Ce principe de la séparation des patrimoines est justifié de façon satisfaisante dans un arrêt de la Cour de Gand (2). « La novation par changement de débiteur, dit cet arrêt, ne se présume pas. L'apport de tout l'actif et de tout le passif d'une société à une société nouvelle ne termine donc pas la liquidation vis-à-vis des tiers qui n'y sont pas intervenus, ceux-ci conservant comme gage l'avoir social de l'ancienne société. Il n'y a là qu'une conséquence du principe que les sociétés commerciales sont, après leur dissolution, réputées exister pour leur liquidation, c'est-à-dire qu'en cas de dissolution, la personne civile subsiste et peut être assignée sans qu'il lui soit permis de disparaître par fusion avec une société nouvelle et de rendre ainsi toute liquidation impossible, alors surtout que la fusion a eu lieu en fraude des droits des créanciers. »

S'il y a diminution des garanties, la société absorbée perd le bénéfice du terme pour ses dettes.

Il est un cas particulier à considérer, c'est le cas où l'apport par le liquidateur est autorisé par la justice : l'autorisation judiciaire n'est pas opposable aux créanciers même chirographaires, car le liquidateur n'est pas leur représentant. Les créanciers ne sont pas tenus

(1) LYON-CAEN, n° 344.

(2) Gand, 29 juin 1901 (*Rev. prat. S. Belg.*, 1901, 212).

d'accepter en paiement de leurs créances des actions d'une société nouvelle constituée en vertu d'une autorisation qui ne leur est pas opposable (1). Les créanciers auraient le droit de former tierce opposition au jugement contenant l'autorisation et d'exiger la réalisation du gage commun dans les formes ordinaires (2). La solution est simplifiée si la réalisation est possible et suffisante d'actions de la société nouvelle pour éteindre le passif de l'ancienne (3). Mais les créanciers auront encore intérêt à accepter les actions, leur réalisation en plus ou moins grande quantité risquant de les déprécier.

Ainsi la cession, par voie de fusion, de l'actif d'une société ne peut avoir lieu, avant l'extinction de son passif, à moins que la société absorbante n'en prenne la charge ; ou bien la société absorbante peut être nommée liquidateur avec mandat de réaliser la portion d'actif nécessaire à l'acquit du passif et de payer ce passif : ainsi la fusion du Crédit foncier de France et de la Banque hypothécaire (4) ; cependant la Cour de Paris, par un arrêt du 24 avril 1884 (5), a considéré que cette opération ne constituait qu'une liquidation à forfait ; c'est à

(1) Bruxelles, 7 mars 1890 (*R. pr. S. Belge*, 1891, 71) ; Charleroi, 23 juin 1891 ; Bruxelles, 3 déc. 1891 (*R. pr. S. Belge*, 1892, 22 et 25).

(2) DELOISON, n° 125 *bis*.

(3) HOUPIN, n° 959.

(4) Seine, 7 juin 1889 (*R. S.* 89, 522).

(5) (*R. S.* 84, 488.)

tort, selon nous, car l'opération dépassait l'importance d'une liquidation ; il y avait bien fusion ainsi que d'ailleurs l'a démontré plus tard la Régie, sans qu'ait pu importer le fait que l'apport était forfaitaire.

Une espèce analogue à celle du Crédit foncier de France a été l'objet d'une intéressante décision de la jurisprudence allemande (en l'espèce : du tribunal d'Empire) : « Par l'extinction d'une société anonyme au moyen de sa fusion avec une autre compagnie, dit cette décision, la personnalité juridique de cette société fusionnée cesse, même s'il subsiste une administration séparée de ses biens jusqu'à satisfaction ou garantie donnée aux créanciers. Le seul objet actif et passif des droits est dorénavant la société étendue par la fusion, ou issue d'elle, alors même qu'elle n'aurait pas pris une déclaration d'engagement envers les créanciers de la société fusionnée, le fondement de cette situation résidant dans la disparition du sujet juridique jusqu'alors tenu » (1).

Quelques espèces montreront à quelles différentes occasions et pour quels motifs la jurisprudence affirme ce principe que les droits des créanciers ne doivent pas être négligés par ceux qui sont les plus intéressés à la fusion.

1° Une société nouvelle, investie de l'universalité d'une

(1) Décis. du 9 janv. 1892, parue dans les *Sammlungen der Entscheidungen des Reichsgerichts*, publiées par les membres de la Cour et les avocats de l'Empire, 28^e vol., p. 359.

ancienne société, ne peut absorber l'actif sans assumer la charge des engagements auxquels il servait de gage (1).

2° Une société dissoute et en liquidation ne peut rien distraire de son actif avant de s'être entièrement libérée de son passif ; en conséquence, alors même que les statuts ont autorisé la fusion, est nulle la fusion partielle de la société qui conserve une partie de son actif pour éteindre son passif (2). Nous avons vu plus haut que cette solution était contestée par certains auteurs (3).

3° Quand l'assemblée générale a autorisé ses liquidateurs à faire apport de l'actif net de la liquidation à une autre société, ils ne peuvent le faire à forfait, avant d'avoir préalablement acquitté le passif (4).

4° L'assemblée générale, votant la dissolution de la société et l'apport de l'actif à une autre société sans lui imposer la charge d'acquitter le passif, outrepassa ses pouvoirs ; ses résolutions doivent être annulées à l'égard des tiers dont le gage est appliqué à un autre usage que les besoins de la liquidation (5).

5° L'espèce du 15 février 1887 citée plus haut, à propos de la fusion conditionnelle (6).

(1) Paris, 9 nov. 1883 (J. S. 84, 14) ; GOIRAND, n° 244.

(2) Paris, 24 juin 1884 (J. S. 85, 719) ; GOIRAND, n° 244.

(3) V. p. 160.

(4) Seine, 15 janv. 1885 (R. S. 85, 360 ; J. S. 90, 401).

(5) Seine, 7 avril 1884 (J. S. 86, 478).

(6) V. p. 151.

Ainsi les droits des créanciers doivent être sauvegardés ; mais comment sont-ils avertis de la nouvelle situation qui leur est faite par la fusion ? Ce n'est pas la jurisprudence française qui nous permettra de répondre à cette question ; ce n'est pas non plus notre système de publicité, très en défaut en cette matière, qui instruira utilement les créanciers intéressés de l'opération de fusion. Mais le système du Code italien, dont s'est inspiré le Code allemand de 1897, semble très protecteur des intérêts à sauvegarder. Il repose sur l'idée qui a fait organiser au législateur français la purge des hypothèques (1). Les créanciers ne reçoivent pas, il est vrai, de notification individuelle, mais leur silence, pendant les trois mois qui suivent le jour où la fusion a été rendue publique, équivaut à une acceptation de la situation nouvelle qui leur est ainsi créée. S'ils ne veulent pas y consentir, leur opposition tiendra la fusion en suspens, tant qu'elle n'aura pas été retirée ou qu'elle n'aura pas été rejetée par une sentence n'étant plus sujette à opposition ou appel. Ainsi, la loi ne peut pas contraindre les créanciers à accepter pour débitrice une autre société que celle qui s'était engagée envers eux, mais elle a prononcé contre eux une sorte de déchéance de leur droit de protestation lorsqu'ils n'en usent pas pendant un certain délai, déchéance fondée sur une idée de confirma-

(1) DE NOAILLAT, p. 99.

tion tacite. C'est d'ailleurs aussi la solution du Code japonais de 1899 qui décide que si quelques créanciers font opposition, la fusion ne pourra avoir lieu que quand la société les aura payés ou leur aura donné une sûreté convenable ; les délais y sont quelque peu différents de ceux du Code italien : dans l'espace de deux semaines, à dater du jour de la résolution de fusionner, la société doit fixer à ses créanciers par notification publique un délai d'au moins deux mois pour faire opposition à la résolution de fusion et même adresser une notification spéciale à tous ceux qui sont connus (1). En cette matière, trop négligée par le législateur, nous ne pouvons que répéter le vœu exprimé vainement par M. Thaller en 1898 : « une législation bien faite devrait suspendre l'effet de la délibération jusqu'après un appel adressé aux créanciers de la société qui disparaît. La société fusionnante devrait diriger la liquidation des dettes de la société fusionnée et tenir l'actif de celle-ci distinct et séparé du sien propre, aussi longtemps que le passif ne serait pas éteint » (2).

§ 2. — *Des obligataires en particulier.*

Les obligataires ne peuvent pas plus que les autres créanciers s'opposer à la fusion, sinon ils s'ingéreraient

(1) DE NOAILLAT, p. 100.

(2) THALLER, *Traité de droit commercial*, 1898, p. 342.

dans les affaires de la société, ce qui n'est légalement pas possible, mais leur situation diffère sensiblement de celle des autres créanciers : ces derniers n'ont avec la société, leur débitrice, que des contrats qui rentrent dans la catégorie des actes de gestion ordinaire. Le contrat passé par la société avec ses obligataires dépasse en importance un simple acte de gestion ; ceci est si vrai, que les administrateurs ou autres représentants de la société ne peuvent eux-mêmes décider une telle opération que peuvent décider seuls, par un vote l'autorisant, les actionnaires de la société réunis préalablement en assemblée. La conséquence à tirer de cette constatation du plus d'importance d'un pareil contrat est que les droits des obligataires seront plus considérables, mais qu'aussi la fusion les pourra léser davantage. En effet, alors que les créanciers ordinaires n'ont ni à perdre ni à gagner à une opération de fusion, les obligataires perdent : 1° le bénéfice du terme ; 2° le bénéfice de la prime de remboursement quand il en a été stipulé une.

1° Ils perdent le bénéfice du terme.

Ceci n'est plus à démontrer, depuis que Waldeck-Rousseau, lors du procès intenté à la Compagnie des chemins de fer de l'Est par ses obligataires, eut l'occasion de faire ressortir tout l'intérêt qu'il y a pour l'obligataire à se savoir assuré d'un certain revenu fixe pour un temps assez long ; s'il est remis en possession de la somme dont il avait ainsi disposé avant le temps prévu

par lui aux termes du contrat accepté, il aura quelque peine peut-être à retrouver un placement aussi rémunérateur, lui offrant les mêmes garanties ; en outre, il perdra l'intérêt d'argent pendant le temps à courir entre le remboursement et le moment où il opérera un nouveau placement ; sans oublier les frais fiscaux de remboursement et d'achat à nouveau.

2° Ils perdent le bénéfice de la prime de remboursement, au moins pour partie.

Il est presque toujours stipulé de semblables primes. Il est évident que la société qui disparaît ne pourra plus continuer à procéder aux tirages annuels, car ces tirages supposent une société fonctionnant régulièrement avec un service d'amortissement assuré par les retenues opérées annuellement sur les intérêts, fonctionnement rendu désormais impossible par la fusion qui survient (4).

Deux cas sont à considérer suivant que le passif obligataire doit être remboursé par anticipation, ou que la société absorbante prend la charge de son amortissement progressif et normal.

Premier cas.— Les obligataires seront remboursés par anticipation. Quel sera le taux de remboursement ? L'art. 1184 du Code civil donne au créancier « le droit de forcer le débiteur à l'exécution de la convention si elle est pos-

(1) DE NOAILLAT, p. 68.

sible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts ». Or, nous savons que les obligataires n'ont aucun moyen de s'opposer à la fusion projetée, l'exécution de la convention est donc impossible et ils ne peuvent y contraindre le débiteur ; ainsi ils pourront seulement demander des dommages-intérêts (1).

Ces dommages-intérêts doivent comprendre :

1° Le capital prêté ;

Si l'obligation a une valeur nominale de 500 francs, dont 325 versés et 175 de prime de remboursement, le capital prêté est représenté par les 325 francs versés.

2° La valeur actuelle de la prime de remboursement ;

Dans l'exemple choisi, la prime est de 175 francs stipulée payable en même temps que le capital prêté ; qu'est-elle exactement ? Pas autre chose qu'un supplément d'intérêts dont le montant, au lieu d'être versé annuellement sur chaque obligation, est retenu et capitalisé par la société emprunteuse jusqu'au moment du remboursement du capital. Il y a donc lieu à paiement anticipé d'une créance qui comprend les intérêts englobés dans le capital. Il faut alors retrancher les intérêts correspondant au temps qui reste à courir d'après la convention.

3° Une indemnité supplémentaire (basée sur l'art. 1382 C. civ.) en réparation du préjudice causé par la priva-

(1) Paris, 5 déc. 1901 (J. S. 1902, 11).

tion d'un titre sûr et avantageux et par les frais et difficultés qu'occasionnera la recherche d'un placement équivalent.

Deuxième cas.— La société absorbante prend la charge du passif obligataire qui sera par elle amorti conformément à la convention passée primitivement entre les obligataires et la société qui disparaît (1).

Le principe admis par la jurisprudence et les auteurs est que le bénéfice du terme reste acquis à la société absorbante quand restent entières les garanties promises lors de la souscription (2). Les seules sûretés dont la diminution par le débiteur peut, aux termes de l'art. 1188 C. civ., entraîner contre lui la déchéance du bénéfice du terme, sont les garanties spéciales que le créancier trouve dans l'ensemble des biens composant le patrimoine de son débiteur et résultant soit de l'hypothèque, soit du gage ou du nantissement (3), à plus forte raison

(1) LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 581, et VII, n° 1170 ; LAROMBIÈRE, III, art. 1187, n°s 27 et 28 ; DEMOLOMBE, XXV, n° 697 ; LAURENT, XVII, n° 211 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, II, n° 1033 ; DALLOZ, *Nouveau code civil annoté*, art. 1188, n° 126 ; AUBRY et RAU, IV, parag. 303 ; HOUPIN, n°s 416 et 417 ; note de M. Decugis sous deux arrêts, Cass. 20 juil. 1904 (J. S. 1905, 28).

(2) Seine, 25 juin 1883 (J. S. 83, 725), 27 août 1883 (J. S. 83, 730) ; Paris, 6 juil. 1885 (J. S. 86, 702) ; Cass. 6 mai 1896 (Rép. enreg. 1896, art. 8769).

(3) Paris, 24 avril 1884 (J. S. 88, 581) ; Cass. 4 janv. 1870 (S. 70, 1, 3), 24 juil. 1878 (S. 79, 1, 455 ; D. 79, 2, 37) ; Dijon, 29 janv. 1878 (S. 79, 2, 285) ; C. Nîmes, 19 mai 1852 (S. 53, 2,

les obligataires ne sauraient obtenir la déchéance du bénéfice du terme contre la société absorbée sous prétexte que les sûretés promises ont été diminuées par la société absorbante étrangère, si celle-ci, non seulement leur conserve les garanties premières, mais en ajoute de nouvelles (1).

La question des droits des obligataires pose celle de savoir s'il ne vaudrait pas mieux, et dans leur intérêt propre, et dans celui des sociétés, leur donner un représentant, les réunir en des assemblées obligatoires, comme ceci se passe dans d'autres pays. Un projet de loi, présenté par M. Brisson, qui remonte à 1882 et fut adopté en 1884 par le Sénat, sans être jamais discuté par la Chambre des députés, contenait des dispositions comblant cette lacune de notre législation (art. 77 à 85). Mais il est un principe que l'on ne doit pas oublier en cette matière : les obligataires sont des créanciers et non des associés ; tout en admettant la nécessité de la constitution d'assemblées d'obligataires, il faut se garder de leur permettre de s'immiscer dans l'administration, la gestion de la société. Cette confusion à éviter a été faite cependant par des auteurs de propositions de lois faites en France : une de ces propositions (déposée à la Cham-

614 ; D. 55, 5, 296) ; Cass. 27 juil. 1863 (D. 63, 1, 460) ; 29 mai 1865 (D. 65, 1, 300), 10 mai 1881 (D. 82, 1, 201) ; PONT, n° 1930 ; VAVASSEUR, n° 249 ; LÉCHOPIÉ, *De la valeur des obligations remboursables avec primes par voie de tirage au sort*.

(1) Paris, 24 mars 1884 (J. S. 86, 519).

bre des députés, le 28 avril 1894, par M. Calvinhac) appelle un obligataire à faire partie du conseil d'administration, du conseil de direction, s'il y en a un, et du conseil de surveillance, et va même jusqu'à exiger l'avis des obligataires pour que la société contracte un nouvel emprunt, consente la cession de l'actif ou la fusion avec une autre société.

La loi allemande du 4 décembre 1899 s'est gardée d'une pareille confusion (1). Cette loi organise les assemblées d'obligataires et leur permet de choisir un représentant chargé d'assister aux assemblées d'actionnaires; la loi allemande en effet n'a pas adopté sur ce point le système adopté par la loi belge sur les sociétés de 1873 (art. 70) et par le Code de commerce portugais de 1888 (art. 485). En Belgique et en Portugal, tout obligataire peut participer aux assemblées générales d'actionnaires avec voix consultative; il peut y avoir ainsi des désordres; en tout cas il est singulier qu'il puisse y avoir des assemblées où le plus grand nombre des membres présents n'a pas voix délibérative.

En Grande-Bretagne, il n'y a pas comme en Allemagne de loi rendant obligatoires les assemblées d'obligataires, mais l'usage les y a consacrées, et la pratique s'est chargée de résoudre la question difficile du consentement unanime des obligataires. Il arrive qu'une fusion

(1) Voir l'analyse de cette loi dans une communication de M. Ch. Lyon-Caen à la Société de législation comparée, suivie des observations de MM. Thaller, R.-G. Lévy, de Boisslisle, Décugis et Harmand sur ladite loi (*Bull. de la Soc. de légis. comp.*, 1901, pp. 127 et suiv.).

de la société emprunteuse avec une autre société offrirait des avantages qu'il serait sage de ne pas laisser échapper ; le consentement unanime des obligataires serait nécessaire, mais impossible, la pratique a résolu cette difficulté en insérant dans les « *debentures* » ou dans le « *trust-deed* » une disposition dite clause de majorité (*majority clauses*). La validité de cette clause a été reconnue pour la première fois en 1886 (1). Aujourd'hui elle est devenue une clause de style et l'oublier dans les actes serait une véritable négligence (2). Dans le cas de fusion de deux sociétés, la majorité peut approuver l'échange des obligations primitives contre des actions ou obligations d'une compagnie nouvelle formée par la fusion, ou toute autre combinaison qui permette de donner aux obligataires une valeur qu'ils jugent l'équivalent de leurs titres (3). La clause de majorité protège les prêteurs contre les initiatives ou les obstructions des minorités mal avisées, et rend possible la fusion des sociétés, malgré l'existence d'un passif obligataire (4).

(1) *Re Toa V. New Zealand, Agricultural Cy.*

(2) Henri MESNIL, J. S. 1900, 525.

(3) *Follit V. Eddystone* (1892) 3 ch. 75 ; *Mercantile C^o V. International C^o of Mexico* (1893) 1 ch. 484, n. (C. A.) ; *Mercantile trust C^o V. River Plate C^o* (1894) 1 ch. 578 ; *Re Dominion of Canada Freehold Estate C^o*, 55 L. T. 347 ; *Sneath V. Valley Gold C^o* (1893) 1 ch. 477 (C. A.) ; *Walker V. Elmore's German Metal C^o*, 85 L. T. 767 (C. A.).

(4) LINDLEY, *On Companies* I, p. 329 ; PALMER's *Company*

Cette clause de majorité, qui a des avantages considérables, n'a pas encore été stipulée en France, à notre connaissance du moins. Il n'existe cependant aucun obstacle légal à son adoption (1).

Cette question des assemblées d'obligataires a fait l'objet du projet de loi du 3 avril 1902. Ce rapport, pour le cas de modifications à apporter aux statuts, se contente d'une majorité d'obligataires représentant les $\frac{2}{3}$ du capital-obligations en circulation. La société ne se trouve pas ainsi à la merci d'un obligataire récalcitrant ou calculateur, et d'autre part, l'intérêt des obligataires est ainsi sauvegardé. « Il est sage en effet d'admettre, ajoute le rapporteur, que des obligataires d'une société de transport ne peuvent pas devenir, par la volonté unique de leur débiteur, créanciers d'une épicerie. »

Cette question n'a pas encore été résolue par le législateur.

SECTION B. — DROITS DES PORTEURS DE PARTS.

§ 1^{er}. — *De la nature de la part de fondateur.*

Nous n'avons pas à prendre position dans le débat. Mais, comme avec les solutions données à cette question

Precedents, Part III, pp. 122 et 229, et *PALMER'S Company law*, p. 275. BUCKLEY, *On the companies Acts*, 8^e édition par A. C. CLAUSON, pp. 665 et 673.

(1) DECUGIS, *Etude sur la protection des obligataires dans les sociétés anglaises par actions* (Bull. de la Soc. de légis. comp., 1901, p. 241).

varient certaines solutions qui nous intéressent, nous devons indiquer les plus intéressantes d'entre elles.

Qu'est-ce que la part de fondateur ? Est-ce une action ? (1) Une créance ? (2) Une part sociale ? (3) Un titre *sui generis* aux caractères vagues et mystérieux ? Ou bien, comme on l'a encore soutenu, le porteur de parts n'est-il pas un croupier, c'est-à-dire un tiers que les actionnaires ont associé à leurs chances de gain ou de perte ? (4) Chacune de ces thèses a été, depuis quelque vingt ans, l'objet de défenses et d'objections aussi brillantes que nombreuses. Nous retiendrons les deux plus essentielles : celle qui considère la part comme une créance, celle qui la considère comme une action ; nous adopterions plus volontiers cette dernière que d'ailleurs vient de consacrer un arrêt relativement récent de la

(1) LYON-CAEN et RENAULT, II, 560 *bis* ; THALLER, *Rev. critique de légis. et de jurispr.*, 1881, p. 534 ; 1887, p. 220 ; A. D. D. C. 1888, 93, note ; BOUSQUET, J. S. 85, 788 ; CHAVEGRIN, S. 89, 1, 417 et dans le *Journ. du Pal.*, 89, 1, 1036 ; VALÉRY, D. 95, 1, 297 ; MANARA, *Parts de fondateurs*.

(2) ROUSSEAU, *Questions nouvelles sur les soc.*, p. 159 ; DELOISON, II, n° 325 ; WAHL, *Les parts de fondateurs*, noté dans SIREY et *Jour. du Pal.*, 1898, 289 et art. dans J. S. 1903, 9 ; ARTHUYS, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1897, p. 273 ; LECOUTURIER, *Parts de fondateurs*.

(3) HOUPIN, J. S. 1894, 184, et *Traité des Soc. civ. et comm.*, I, n° 371.

(4) J. VALÉRY, *Les parts de fondateurs* ; esquisse nouvelle à propos d'un livre récent ; extrait de la *Rev. gén. du droit*, 1904.

Cour de cassation : « Les seuls caractères essentiels de l'action, dit-il, sont la participation aux bénéfices et la libre cessibilité à des tiers. Doivent, en conséquence, être assimilées aux actions, les parts de fondateurs qui remplissent ces deux conditions, alors même qu'elles ne confèreraient à leurs porteurs ni accès aux assemblées générales, ni droit à l'actif social » (1). D'ailleurs, les auteurs, partisans de cette thèse, font remarquer que seule une clause de style interdit aux porteurs de part de participer aux assemblées générales ; si donc ces parts constituent des actions, le droit y est attaché en l'absence de la clause dont il s'agit (2). Une des principales objections faites à cette thèse est que les porteurs de parts ne participent pas aux pertes. La note au bas de l'arrêt cité dans le *Journal des Sociétés* y répond : « Peut-être, en y regardant de près, pourrait-on découvrir, dans tous les cas où des titres de l'espèce sont créés, l'existence d'un apport qui, pour être incorporel et pour avoir été consommé avant même que la société commence à fonctionner, n'en est pas moins réel, car il a permis au capital social de se constituer et lui a parfois fourni les moyens de fructifier. La société fait-elle de mauvaises affaires ? Le porteur de parts ne recueille aucun bénéfice en échange des services qu'il a rendus, et perd cette valeur tout comme l'actionnaire perd le numéraire ou les

(1) Cass., 16 nov. 1904 (J. S. 1905, 114).

(2) LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 560 *bis*.

biens en nature qu'il a apportés » (1). L'on peut même concevoir que la part ait à l'origine une valeur pécuniaire véritable : ainsi, dans le cas où pour la plupart elle semble surtout être un papier sans valeur ne rémunérant pour ainsi dire aucun apport, nous voulons parler du cas où la part est attribuée à raison de tant d'actions souscrites à qui souscrira ce nombre minimum de titres, si les lanceurs de l'affaire avaient besoin d'avoir recours à l'intermédiaire des banquiers pour placer leurs actions, ils devraient leur faire abandon d'une certaine commission qui déprécierait d'autant la valeur du titre ; eh bien, la valeur, que nous voulons reconnaître à la part de fondateur qui évite l'onéreuse intervention des banquiers, est précisément celle que représente la différence entre la valeur nominale des titres à placer et la valeur pour laquelle ils seraient cédés aux banquiers si l'on avait recours à eux. Dans ces conditions, n'est-il pas vrai de dire que la part représente en quelque sorte une part virtuelle du capital social, part qui est soumise à tous les risques sociaux, tout comme l'action elle-même.

§ 2. — *Droits des porteurs de parts en cas de fusion.*

La fusion provoque, nous l'avons vu déjà, la dissolution d'une société au moins ; cette dissolution peut être

(1) Voir J. S. 1905, 114, la note au bas de l'arrêt précédemment cité.

anticipée. C'est dans ce cas spécialement prévu que la question se pose de savoir ce que deviennent les droits des porteurs de parts, porteurs dont l'engagement avec la société porte le plus souvent qu'ils auront droit à une certaine proportion des bénéfices pour toute la durée statutaire de la société.

Deux cas sont à considérer suivant que cette dissolution anticipée a été ou non prévue par les statuts :

Premier cas. — La dissolution anticipée a été prévue par les statuts. Dans ce cas les porteurs de parts ne sauraient avoir aucun recours contre la décision de l'assemblée des actionnaires ; ils peuvent seulement avoir droit à des dommages-intérêts ; nous verrons plus loin à quelles règles jurisprudentielles est soumis ce droit aux dommages.

Deuxième cas. — La dissolution anticipée n'a pas été prévue par les statuts.

Certaines solutions de la jurisprudence semblent admettre que, dans ce cas, le porteur de part peut faire prononcer la nullité de la délibération (1) ; ces solutions sont déclarées inadmissibles, parce qu'elles consacraient l'ingérence possible des porteurs de parts dans la gestion, l'administration de la société (2). Une distinction s'impose : ces solutions sont inadmissibles en effet si

(1) Cass., 4 juil. 1893 (J. S. 93, 498) ; Trib. Comm. Seine, 10 mars 1890 (A. D. D. C. 91, 151).

(2) WAHL, J. S. 1897, 245.

l'on admet que la part de fondateur doit être assimilée à une créance, car un créancier ne peut être admis à faire annuler une décision de l'assemblée des actionnaires que s'il y a fraude (action Paulienne) : tout autre sera la solution si l'on admet que la part est assimilable à l'action ; dans cette hypothèse, le vote de l'assemblée lie tous les actionnaires même absents et lie tout à la fois tous les porteurs de titres assimilables aux actionnaires ; les porteurs auront dès lors les droits d'actionnaires ordinaires et notamment le droit de se grouper à vingt pour attaquer la décision qui les lèse dans leurs droits. Il est incontestable, cependant, que la question reste impossible à résoudre définitivement dans un sens sans l'intervention du législateur, sans que soit précisée de façon définitive la nature juridique de la part de fondateur.

Actuellement la dissolution anticipée, non prévue par les statuts, « se trouve couverte par la déclaration des juges du fond qui la reconnaît fondée sur de justes et légitimes motifs » (1). Le même principe est consacré dans un second arrêt du 24 mars 1903 (2) qui décide que « les tribunaux sont investis d'un pouvoir souverain pour mesurer la gravité des circonstances propres à légitimer les décisions, prises en ce sens, par les assemblées générales des sociétés vouées à une ruine imminente, si elles avaient persisté dans leur exploitation ».

(1) Cass., 9 mars 1903 (A. D. D. C. 1904, 21 ; R. S. 1903, 375).

(2) A. D. D. C. 1904, 21 ; R. S. 1903, 322.

Toujours est-il que, dans tous les cas, les porteurs lésés par la dissolution anticipée, prévue ou non par les statuts, ont une action en dommages-intérêts contre la société. Cette action a été reconnue fondée et par la doctrine et par la jurisprudence (1).

Dans quelles conditions l'exercice de cette action est-il permis aux porteurs de parts ? Si la délibération est irrégulière en la forme, ou excède les pouvoirs de l'assemblée, la question ne se pose pas, puisque, comme aussi quand il y a fraude, la résolution est entachée de nullité. Il n'y a lieu de demander des dommages-intérêts que quand la résolution de l'assemblée des actionnaires est valable et ne peut être attaquée par les porteurs de parts ; la validité ne saurait en être contestée, mais elle peut cependant porter préjudice (2). D'ailleurs, cette réclamation des porteurs ne constitue pas une immixtion dans l'administration des affaires sociales, l'exercice de cette action n'a en effet pour but que de réparer un préjudice causé. Cette action est accueillie par la jurispru-

(1) Trib. com. Seine, 10 mars 1890 (A. D. D. C. 1891, 151) ; Cass., 4 juil. 1893 (S. 93, 1, 473) ; Trib. comm. Seine, 24 sep. 1894 (S. 95, 2, 22) ; LYON-CAEN et RENAULT, II, 560 *ter* ; THALLER, *Rev. crit.*, 81, 533 et 87, 219 et A. D. D. C. 89, 225 ; GÉNEVOIS, p. 179 ; ROUSSEAU, *Droit financier*, 95, 512. — *Contra*, Seine, 2 mars 1885, sous Cass., 29 fév. 1888 (S. 89, 1, 417).

(2) Cass. 4 juil. 1893 (S. 1893, 1, 373) ; Tr. com. Seine, 24 sept. 1894 (J. S. 95, 38) ; Paris, 20 juil. 97 (J. S. 99, 158) ; Cass., 13 juin 98 (J. S. 99, 151, S. 99, 1, 67 ; D. 99, 1, 553) ; Lyon, 4 mai 1901 (J. S. 1902, 29) ; Paris, 18 juil. 1901 (J. S. 1902, 152 et note).

dence et la plupart des auteurs en vertu de l'article 1382 du Code civil. Mais elle est plus difficile à admettre si les parts sont considérées comme des actions (1).

Deux cas doivent retenir notre attention : ou bien la fusion était une nécessité impérieuse pour éviter la débâcle, la ruine ; ou bien elle a été faite dans le seul intérêt des actionnaires au mépris des droits des porteurs de parts, en fraude de ces droits. Dans la première hypothèse, la fusion est justifiée ainsi que la dissolution anticipée qui, en l'espèce, ne saurait être considérée comme lésant les porteurs de parts qui n'auraient rien à gagner à ce que soit attendu le moment de la ruine définitive (2). Ils n'obtiendront pas de dommages-intérêts, car ils ne sauraient prouver un préjudice causé. Dans la deuxième hypothèse, la fusion est un fait accompli, « d'où résulte l'anéantissement des parts de fondateurs » (3) ; les porteurs ne peuvent s'insurger contre le fait accompli ; les autoriser à en demander la résolution serait, nous l'avons déjà dit, leur permettre de s'ingérer dans les affaires sociales, ce qui n'est pas possible, si on ne leur reconnaît que la qualité de créancier de bénéfices ; mais l'action en dommages-intérêts leur permet de se faire indemniser du préjudice causé ; c'est l'opinion presque unanime de la jurisprudence et de la doctrine.

(1) THALLER, D. 1899, 1, 552 ; LECOUTURIER, *Traité des parts de fondateurs*, p. 154.

(2) Cass., 24 mars 1903 (R. S. 1903, 322 ; J. S. 1903, 346).

(3) Trib. Comm. Seine, 24 sept. 1894 (S. 96, 2, 22).

§ 3. — *Calcul de l'indemnité attribuée aux porteurs de parts pour le préjudice à eux causé par la fusion.*

Comment calculer cette indemnité ? La question ne se pose pas quand les statuts prévoient le rachat des parts à un prix convenu ; elle ne se pose pas davantage quand les statuts contiennent que, s'il y a dissolution anticipée, il ne sera dû aucune indemnité de ce fait aux porteurs. Mais dans les cas où la question se pose, comment évaluer le préjudice causé ? Il faut tenir compte à la fois des répartitions faites depuis le commencement de la société et des risques à courir si la société devait terminer son temps d'existence statutaire. Deux systèmes ont été proposés : l'un, d'ordre jurisprudentiel, décide que, ne pouvant estimer ce qu'eussent été les bénéfices pendant les exercices ultérieurs, on doit prendre la moyenne des sommes payées aux porteurs de parts depuis la fondation de la société, mais en opérant une réduction à raison de ce fait que ces derniers échappent ainsi aux risques qui auraient pu se produire pendant les exercices ultérieurs (1). Il n'est que juste d'admettre que le système de cet arrêt ne tient pas assez compte des risques déjà courus à l'origine de la société ; souvent les premiers exercices ne sont aucunement rémunérateurs pour les porteurs de parts ; souvent la dissolution anticipée inter-

(1) Paris, 17 juin 1891 (D. 93, 1, 565).

viendra au moment du plein rendement de ces parts ; dans ce cas, non seulement il sera injuste de faire supporter une réduction à la moyenne arithmétique obtenue, mais peut-être, pour être plus juste, faudra-t-il, par une majoration, tenir compte de l'improductivité des premiers exercices. En somme, les solutions devront, pour être plus justes, être aussi nombreuses que les espèces, et c'est pourquoi le deuxième mode d'évaluation proposé nous paraît également insuffisant : il consiste à prendre pour base d'évaluation le prix de vente courante (la cote à la Bourse, s'il y en a une) des parts de fondateurs dans la période immédiatement antérieure à la dissolution, ce prix représentant la somme que le porteur de parts aurait obtenue en négociant son titre, et ne s'éloignant guère des profits que la continuation de l'exploitation aurait sans doute procurés au porteur (1). Ce dernier mode d'évaluation a l'inconvénient de pouvoir prêter à des manœuvres boursières, parfois frauduleuses, qui voudront exagérer la valeur des parts dès que pourra être entrevue la possibilité de la dissolution anticipée ; aussi un avantage du premier mode d'évaluation est que sa base d'évaluation est plus certaine : il n'est pas à redouter autant en effet que les bénéfices attribués aux parts soient à dessein exagérés ou diminués : ils seront en tous cas moins faciles à fausser que des cours de

(1) WAHL, *Parts de fondateurs*, n° 26.

bourse ; l'évaluation sera donc ainsi plus exacte. Cependant un avantage réel du deuxième mode est qu'il cherche à obtenir directement le chiffre d'indemnité, en voulant établir le prix moyen le plus exact de la part ; c'est au contraire une complication, d'avoir dans le premier mode, à évaluer d'abord la moyenne probable des bénéfices annuels afférant aux parts pour, ensuite, en déduire le capital à verser comme indemnité, capital que l'on n'obtiendra qu'en fixant arbitrairement le taux de rendement moyen : autrement dit, le premier mode exige la recherche du bénéfice annuel moyen, puis du capital moyen que représente la part ; le deuxième mode simplifie en ne se préoccupant d'établir que le capital moyen, représentant la valeur de la part au moment de la dissolution anticipée et à verser comme indemnité ; mais nous avons vu aussi combien ce mode d'évaluation était plus sujet à erreur. En résumé, comme l'a fort justement dit un auteur, « on se heurte ici à une quasi-impossibilité matérielle ; pour indemniser les porteurs de parts avec exactitude, il faudrait prévoir l'avenir (1) ». Cet inconvénient majeur ne peut être évité directement ; mais l'on peut concevoir que les parties soient à même de se mettre d'accord sans l'intermédiaire du juge ; les porteurs de parts discuteront directement avec les actionnaires les conditions compensatrices de la dissolution anticipée ;

(1) DE NOAILLAT, p. 71.

et supprimer l'intermédiaire du juge, c'est quand même supprimer un élément d'inexactitude dans l'évaluation de l'indemnité ; c'est la justification du système des assemblées ou sociétés de porteurs de parts, préconisé unanimement par la doctrine. C'est l'objet du paragraphe suivant.

§ 4. — *Assemblées, sociétés de porteurs de parts.*

L'inconvénient, quand une dissolution anticipée devient obligatoire par la fusion, est double : 1° L'évaluation des dommages-intérêts dus aux porteurs est difficile ; nous venons d'étudier cette question dans le paragraphe précédent ; 2° Les porteurs de part n'étant pas groupés par la loi ni par les statuts, feront valoir leurs droits individuellement ; et si les uns, la majorité, acceptent la dissolution anticipée, il sera toujours loisible à d'autres moins nombreux, à un seul, de ne pas vouloir en accepter les conditions ; c'est une source de difficultés sans nombre que tarit, si on l'accepte, le principe du groupement des porteurs de parts. Ces idées ont été empruntées à la représentation des obligataires. Toute convention de ce genre est absolument licite et par conséquent obligatoire pour les porteurs de parts actuels et futurs : en recevant les titres, soit de la société, soit de leurs vendeurs, ils adhèrent aux statuts, et en particulier à la clause qui organise ce groupement (1).

(1) LECOUTURIER, *Parts de fondateurs*, p. 216.

Deux modes assurent le groupement des porteurs pour discuter à la majorité leurs intérêts, majorité qui est celle que déterminent les statuts : ils peuvent au choix former une société civile, ou bien avoir des assemblées comparables aux assemblées d'actionnaires.

1° Société civile.

Elle est organisée par les statuts de la société qui fixe sa durée, le mode de nomination de l'administrateur ou du gérant, ses pouvoirs, le mode de convocation, le quorum nécessaire pour la validité de ses délibérations, les conditions numériques de la majorité, etc. Le caractère juridique de cette société a été discuté ; était-ce une société proprement dite, ou bien une association dans les termes de la loi du 1^{er} juillet 1901 ? Ce qui nous doit intéresser davantage c'est que cette société civile, quand elle est ainsi prévue par les statuts, doit être réunie dans les cas prévus statutairement, sinon les administrateurs de la société commerciale encourraient une responsabilité pécuniaire pour le cas où la non convocation causerait un préjudice aux porteurs de parts.

2° Assemblées générales.

D'autres sociétés se contentent d'organiser une assemblée générale des porteurs de parts pour se mettre d'accord sur les modifications des statuts susceptibles de leur porter préjudice. Comme pour la société civile, les statuts en prévoient l'organisation et le fonctionnement dans les moindres détails. Mais est-il exact, comme on

l'a soutenu, que les porteurs de parts pourront cependant plaider individuellement contre la société, en dehors des dites assemblées où ils discuteront les modifications proposées ? (1) Il nous semble difficile d'admettre une telle solution ; ce que l'on peut concevoir, c'est que les porteurs mécontents demandent à la société, et si elle refuse, au juge, la réunion de l'assemblée des porteurs où les mécontents subiront la loi de la majorité, qu'elle soit ou non la leur ; mais il semble impossible d'admettre un recours individuel du porteur, dès que les statuts prévoient pour lui des assemblées spéciales, où pourront être discutés ses intérêts. Tout au plus, si certains porteurs n'acceptent pas le vote de leur assemblée, pourra-t-on décider par analogie avec ce qui se passe pour les actionnaires, qu'un groupe d'au moins vingt porteurs pourront attaquer judiciairement la résolution qu'ils croient contraire à leurs intérêts. Mais de recours individuel, il nous semble qu'il ne puisse en être question.

Tout ce que nous venons de dire de ces sociétés civiles au caractère juridique discuté, ou de ces assemblées instituées statutairement pour la défense des droits des porteurs de parts, ne vaut que dans la thèse où la part est considérée comme une créance ; si, au contraire, nous considérons que la part est une action, il n'est plus

(1) LECOUTURIER, *op. cit.*, p. 219.

besoin d'imaginer pour les porteurs des assemblées ou sociétés à eux spéciales, ils pourront défendre leurs intérêts, leurs droits, dans les assemblées mêmes d'actionnaires, dont seules, ainsi que nous l'avons dit déjà, des clauses de style les écartent ; « on ne peut pas même, ajoutent certains auteurs (1), supprimer au profit des porteurs de parts, le droit spécial de groupement que l'article 27 de la loi de 1867, modifié par la loi du 1^{er} août 1893, confère, nonobstant toute clause contraire, aux actionnaires ». Ce qui revient à dire que, quand bien même les statuts refuseraient aux porteurs de parts le droit de participation aux assemblées d'actionnaires, cette clause prohibitive des statuts ne pourrait pas leur interdire l'entrée des assemblées d'actionnaires prévues par l'article 27 (2).

(1) LYON-CAEN et RENAULT, II, 560 *bis*.

(2) Un projet de loi déposé à la Chambre des députés le 3 avril 1903 et le 18 juin 1906 organise à la fois les assemblées d'obligataires et les assemblées de porteurs de parts de fondateurs.

CHAPITRE IV

DES CAUSES DE CESSATION DES EFFETS DU CONTRAT DE FUSION.

Notions préliminaires.

En dehors du cas d'extinction normale du contrat arrivé à son terme, la fusion peut être annulable, nulle, résolue, résiliée.

De la résiliation nous avons très peu de chose à dire ; elle peut être ou convenue à l'amiable, ou imposée judiciairement chaque fois qu'il y a inaccomplissement de ses obligations par l'une des sociétés qui ont fusionné. Un arrêt de la Cour de Paris indique bien les conséquences de la résiliation quant aux droits de l'actionnaire, quant au sort des actes de gestion accomplis pendant la période de gestion commune : « Si ce traité de fusion, dit cet arrêt, a été résilié par jugement, avant que l'échange des titres ait été accompli, ladite convention, au moyen de laquelle la première société se trouvait avoir anéanti purement et simplement une partie de son capital, n'est plus susceptible de produire aucun effet et se trouve elle-même virtuellement résiliée. En consé-

quence, l'actionnaire demeure investi des droits et chargé des obligations qui lui incombent comme actionnaire de la première société, sans pouvoir invoquer aucune novation de la dette qui résultait de sa souscription. La séparation des deux sociétés n'a pas pour résultat d'annuler les actes de gestion exercés par le liquidateur d'une des sociétés fusionnées durant la période pendant laquelle les intérêts des deux sociétés se sont trouvés confiés à un administrateur commun » (1).

Ainsi, reste le bénéfice des actes de gestion ; c'est la différence essentielle qu'il y a entre la résiliation et l'annulation et qui doit empêcher de les confondre. Sont maintenus notamment les actes interruptifs de prescription faits pendant la période de vie commune (2). La résiliation de la fusion n'est pas opposable aux tiers (3).

La résolution du contrat de fusion doit nous arrêter moins encore que la résiliation. Nous avons étudié déjà la condition résolutoire (4).

Dans ce chapitre, nous rechercherons quelles sanctions comportent les vices du contrat de fusion. Elles sont de deux sortes : une première section sera consacrée aux sanctions quant à l'acte, c'est-à-dire à celles qui atteignent le contrat de fusion dans son existence ; dans

(1) Paris, 13 mai 1885 (J. S. 1890, 316).

(2) Paris, 13 mai 1885 (J. S. 1887, 107 et 1890, 340).

(3) Paris, 16 nov. 1889 (J. S. 1890, 313).

(4) V. pp. 151 et suiv.

une deuxième section nous étudierons les sanctions quant aux auteurs responsables de la fusion, c'est-à-dire celles que comportent les responsabilités encourues par les administrateurs, parfois même par les actionnaires.

SECTION A. — SANCTIONS QUANT A L'ACTE : NULLITÉS DE DROIT COMMUN, NULLITÉS D'ORDRE PUBLIC.

Le contrat de fusion peut être entaché de nullité. Les nullités sont de deux sortes ; la division qui s'impose est la suivante : 1^o nullités communes au contrat de fusion avec les autres contrats, en vertu du droit commun par exemple pour vice du consentement (art. 1109 et suiv., C. civ.) ; 2^o nullités pour violation des dispositions spéciales de la loi de 1867 auxquelles renvoie l'article 41 de cette loi, nullités qui sont d'ordre public (1).

§ 1. — *Nullités de droit commun.*

« Les principales causes qui rendent un acte nul sont : 1^o les vices du consentement ; 2^o l'incapacité de l'auteur ou de l'un des auteurs de l'acte » (2).

1^o Il n'y a point de consentement valable, dit l'article 1109 du Code civil, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou

(1) LYON-CAEN, II, n^o 780.

(2) PLANIOL, I, n^o 340.

surpris par dol. En matière de fusion, on peut écarter résolument la violence et même l'erreur comme cause de nullité : on peut concevoir qu'une partie à un contrat emploie la violence pour obtenir l'adhésion de l'autre partie, quand deux individus seulement sont en présence et que le contrat n'est pas, comme dans la fusion, entouré de formalités nombreuses et longues ; or les représentants légaux des sociétés qui veulent fusionner représentent un certain nombre de personnes de part et d'autre, ce qui exclut toute violence possible de la part d'une des parties. D'ailleurs la violence qu'envisage le Code civil se conçoit difficilement dans son application aux personnes morales. L'erreur n'est guère plus vraisemblable en cette matière, puisque « pour être une cause de nullité de la convention, elle doit tomber sur la substance même de la chose qui en est l'objet » (art. 1110). Il faudrait donc qu'une des deux sociétés en présence ait fait erreur, par exemple sur l'actif réel de l'autre société, sur la capacité de ses représentants au contrat de fusion, sur l'état de l'amortissement de son passif, sur son objet véritable, toutes erreurs rendues difficiles par les formalités qui entourent la fusion à moins toutefois que cette erreur ne soit provoquée par les manœuvres de l'une des parties ; mais alors il n'y a plus erreur, il y a dol, et c'est précisément la seule cause fréquente de nullité en matière de fusion. Dans l'hypothèse la plus fréquente, les manœuvres dolosives se traduisent par

une évaluation inexacte et exagérée de l'actif, alors que la situation de la société qui veut céder son actif est désespérée. Ainsi en décide un jugement du Tribunal de commerce de la Seine : « Les manœuvres pratiquées par l'une des parties, dit ce jugement, sont une cause de nullité du contrat, lorsqu'elles sont telles qu'il est évident que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté (1). Par suite, la fusion de deux sociétés anonymes doit être déclarée nulle, s'il est constant que les actionnaires n'auraient pas voté cette fusion, si la situation véritable de l'une des sociétés avait été connue d'eux. » (2)

2° L'incapacité est une autre cause de nullité. Nous avons vu, à propos de la capacité des parties contractantes, que seuls l'assemblée générale extraordinaire et le liquidateur, dans certains cas, pouvaient décider la fusion. Il y aura nullité pour incapacité chaque fois qu'une des parties décidera la fusion par un représentant qui n'aura pas la capacité requise. Ainsi fut-il jugé que « le gérant d'une société en commandite ne peut engager la société dans les liens d'une société nouvelle constituée par voie de fusion » (3).

De la fusion peuvent résulter des cas de nullité et d'annulabilité.

(1) AUBRY et RAU, IV, 343 *bis* 3, p. 301.

(2) Seine, 1^{er} mars 1888 (J. S. 89, 289 ; R. S. 88, 329).

(3) Douai, 17 décembre 1888 (J. S. 91, 511).

L'annulabilité ne doit pas être confondue avec la nullité. Alors que la nullité ne peut en principe pas se couvrir (c'est le mot consacré) par l'effet d'une confirmation, l'annulabilité peut ainsi se couvrir. D'autre part, l'acte annulable dure tant que n'est pas exercée l'action en nullité, tandis que l'acte nul est réputé inexistant tant que n'a pas disparu la cause qui en provoque la nullité. Sans entrer dans la controverse qui consiste à distinguer entre les effets du contrat nul de plein droit et ceux du contrat inexistant (1), nous citerons deux autres cas de nullité de droit commun : il y a nullité quand la fusion est consentie en dehors des conditions ordonnées par l'assemblée générale (2) et quand une atteinte est portée à l'objet social (3). De même aussi pouvons-nous renvoyer au chapitre de la réalisation de la fusion et plus spécialement aux sections qui traitent l'une des formalités, l'autre des modalités de la fusion ; ainsi avons-nous vu dans cette dernière section, au paragraphe consacré à la condition suspensive, que la fusion est réputée nulle quand l'apport de l'actif est fait avant l'échéance de la condition ; nous renvoyons aux espèces citées à ce sujet.

(1) Nous renvoyons sur ce sujet au *Traité de droit civil* de M. PLANIOL, I, n° 343.

(2) Paris, 15 févr. 1887 (R. S. 87, 186).

(3) Seine, 6 mars 1901 (J. S. 1901, 330).

§ 2. — *Nullités d'ordre public.*

Il y a nullité d'ordre public quand, par analogie avec le régime de la loi de 1867 pour les sociétés anonymes, pendant la préparation ou l'exécution de la fusion, une formalité, un acte essentiel ont été oubliés (1), qui sont une caractéristique de ce contrat à l'exclusion des autres. Ainsi peuvent avoir été négligés l'acquittement du passif, les formalités de publicité ou d'autres formalités telles que la vérification des apports. Ainsi a-t-il été jugé que « serait nulle la société formée exclusivement d'après ses statuts apparents, au moyen d'apports en nature, entre les auteurs de ces apports, alors que, en réalité, ces apports étaient faits à charge par la société de payer un passif non déclaré, auquel il était subvenu par la création d'actions souscrites en numéraire ; et qu'il n'y a eu ni déclaration notariée de la souscription et du versement du quart, ni vérification de cette déclaration, ni approbation des apports par les souscripteurs. » (2) Les tribunaux ont encore prononcé la nullité dans l'espèce suivante : « Alors même que les statuts ont autorisé la fusion, est nulle la « fusion partielle » de la société qui

(1) Art. 7 et 41 de la loi de 1867.

(2) Cass., 19 juil. 1893 (S. 94, 1, 261) ; 9 nov. 1887 et note de M. Houpin (J. S. 88, 137) ; note de Labbé dans SIREY, 1888, 459 ; discussion par M. Houpin de la note de Labbé (J. S. 89, 233) ; Seine, 23 juil. 1889 (J. S. 90, 57) ; Paris, 14 janv. 1891 (J. S. 91, 529).

conserve une partie de son actif pour éteindre son passif». Le cas est toutefois controversé (1). D'ailleurs, nous avons eu nécessairement l'occasion de citer les plus intéressants cas de nullité au cours de cet exposé des conditions de réalisation de la fusion, car chaque fois que nous indiquions, par exemple, quelque formalité comme essentielle, un des moyens que nous avions d'en faire ressortir le caractère obligatoire consistait à indiquer la sanction encourue au cas où la formalité ne serait pas remplie.

Toute personne intéressée à faire constater la nullité peut s'en prévaloir, parce qu'elle est fondée sur une considération d'ordre général.

Peut-elle se prescrire ? Non, répondaient la doctrine et la jurisprudence jusqu'à ces dernières années, parce que c'est une nullité d'ordre public (2). Aujourd'hui, sous le régime de la loi du 1^{er} août 1893 et d'une jurisprudence nouvelle, l'action en nullité est irrecevable, non seulement quand la cause de nullité a cessé d'exister avant l'introduction de la demande, mais aussi à partir du moment où une assemblée générale est régulièrement convoquée dans le but de couvrir la nullité (3). D'ailleurs, la loi de 1893 et la jurisprudence n'ont fait ainsi qu'éten-

(1) Paris, 24 juin 1884 (R. S. 84, 496) ; *contra* Vavas seur ; V. p. 160.

(2) PONT, n° 1237 ; BÉDARRIDE, n° 86 ; DALLOZ, n° 1257.

(3) DE NOAILLAT, p. 46.

dre à d'autres cas de nullité le principe qu'on appliquait déjà sous l'empire de la loi de 1867 en matière de publicité ; si la nullité pour défaut de publicité n'était pas jugée irréparable, c'est qu'alors on considérerait déjà que les représentants de la société, après leur oubli, s'empresseraient généralement de le réparer ; et la société était déclarée valable pourvu que les formalités de publicité eussent précédé toute demande en nullité. Le rapporteur de la loi de 1893, Clausel de Coussergues, donna cette jurisprudence en exemple.

En résumé, la loi du 1^{er} août 1893 a laissé à la nullité son caractère de nullité d'ordre public, de telle sorte que la confirmation demeure exclue. Mais la nullité peut être couverte soit par la cessation de la cause qui l'a engendrée, soit par une courte prescription de dix ans fondée sur une idée de confirmation présumée (art. 8, al. 3, 4 et 5, et art. 42, dern. alin., modifiés de la loi de 1867 (1)). Ce régime pourrait être appliqué par analogie à la fusion.

La question des nullités pose celle de savoir qui est responsable. Nous savons quelles sanctions frappent le contrat de fusion nul ou annulable ; nous allons, dans la section suivante, étudier les sanctions qui frappent les auteurs responsables d'un tel contrat de fusion.

(1) LYON-CAEN, II, n^{os} 782-785 *bis*.

SECTION B. — LES SANCTIONS QUANT AUX AUTEURS RESPONSABLES DU CONTRAT DE FUSION NUL OU ANNULABLE. — LA MAJORATION DES APPORTS COMME CAUSE DE RESPONSABILITÉ LA PLUS FRÉQUEMMENT INVOQUÉE.

§ 1. — *Qui peut être responsable?*

« Les administrateurs, chargés de négocier le contrat de fusion, sont soumis aux règles ordinaires du mandat et responsables des imprudences et des fautes qu'ils pourraient commettre, notamment en ne signalant pas les dangers que présenterait l'état peu prospère de la compagnie avec laquelle la fusion va s'opérer. Mais leur responsabilité ne serait pas engagée s'ils n'avaient fait que se conformer strictement au mandat qu'ils avaient reçu, et si, du reste, ils n'avaient pas commis dans l'exécution une faute quasi-délictueuse » (1). Ainsi les administrateurs sont les premiers à citer dans la liste des responsables de la fusion ; l'arrêt rapporté indique bien les conditions de cette responsabilité. Ce sont de véritables fondateurs, puisque c'est d'eux, de l'un d'eux en tout cas, qu'émane l'idée de réaliser la fusion ; il n'est que juste de les considérer comme responsables.

A côté d'eux, peut être déclaré responsable « le com-

(1) Seine, 1^{er} mars 1888 (R. S. 88, 329) ; Cass. 18 fév. 1890 (D. 90, 1, 246), 19 fév. 1890 (R. S. 90, 176).

missaire vérificateur, responsable du préjudice causé par la majoration « dolosive » des apports lorsqu'il a sciemment approuvé les estimations fausses, établies de mauvaise foi et a prêté son concours à des manœuvres destinées à tromper le public (1) ». Cette responsabilité n'était pas applicable à l'espèce citée parce qu'il n'y avait pas dol. Cette responsabilité, à raison de la majoration des apports, ne peut être prouvée que si l'on a préalablement prouvé le dol ; car les tribunaux n'ont pas le pouvoir de faire la vérification des apports, ni de reconnaître qu'il y a eu majoration excessive ; ils le peuvent d'autant moins que les apports ont été approuvés sans contestation par les actionnaires (2) ». S'il n'y a pas lieu à vérification, parce qu'il n'y a pas eu d'appel en numéraire, la majoration semble être sans danger pour ceux qui la provoquent dans l'intention d'en bénéficier. C'est précisément à cette occasion, qu'il peut être question de la responsabilité des actionnaires ; « s'il y a eu majoration, tous ceux à qui des actions nouvelles auront été attribuées pourront être considérés comme souscripteurs de ces mêmes actions (proportionnellement à la majoration qu'on aura fait subir à l'actif) ; et dans une société nouvelle, une pareille responsabilité ne pourrait se dégager qu'à l'occasion de la liquidation, mais alors

(1) Note de M. Houpin sous l'arrêt de la Cour de Paris du 14 janv. 1891 (J. S. 91, 529).

(2) V. pp. 134 et suiv.

les actionnaires seraient tenus de libérer leurs actions en numéraire, jusqu'à concurrence du passif (1) ». L'on doit remarquer cependant, que, si juste que paraisse *a priori* cette solution, elle semble inadmissible juridiquement et pratiquement. En droit, l'action est un titre dont le porteur ne peut être tenu au-delà de la valeur nominale du dit titre ; le capital une fois versé, il est contradictoire de la notion légale de l'action, de songer à admettre que l'actionnaire pourra être appelé à faire un versement supplémentaire représentant ce dont il a bénéficié par suite de la majoration. En fait, il semble difficile qu'une majoration qui a eu lieu quelques années auparavant puisse être exactement appréciée par les juges ; au surplus, ne serait-il pas rigoureux que les derniers porteurs de titres majorés, quelque vingt ans auparavant par exemple, puissent être tenus pour responsables de la duplicité des premiers actionnaires complices présumés, mais plus souvent aveugles, de la majoration. Ainsi, la majoration de l'actif ne comporterait de sanction que dans les cas où il y aurait eu dol, fraude. Mais, même dans cette hypothèse, il semble difficile sinon impossible que puissent être tenus pour responsables des actionnaires qui ont pu tout ignorer de la majoration frauduleuse. Ainsi, peut-être vaudrait-il mieux ne pas admettre la responsabilité des actionnaires en cette matière.

(1) Cass., 10 mai 1869 (D. 69, 1, 523).

§ 2. — *Quelles sont les sanctions ?*

La fusion peut comporter, pour les responsables, l'obligation de payer des dommages-intérêts, par exemple, aux porteurs de parts de fondateurs lésés dans leurs droits et intérêts; l'obligation de payer une amende quand sont oubliées, par exemple, certaines formalités d'ordre fiscal comme le dépôt à l'enregistrement de la délibération approuvant la fusion; dans ce cas précis, l'amende peut être de 100 à 5.000 francs (1).

Il n'y a pas lieu à la peine d'emprisonnement, dans les cas où certaines négligences devraient être considérées cependant comme ayant pour les intéressés les plus graves conséquences; le défaut d'enregistrement du contrat de fusion, le défaut de publicité, sont de ces oublis qui, par les intérêts engagés, prennent une importance telle qu'un système de pénalités sérieuses pourrait permettre sans doute de les rendre plus rares. La législation transvaalienne contenait une disposition pénale : la loi n° 5 de 1874, complétée par la loi de 1891, édictait que « les dissolutions, fusions ou liquidations de sociétés devaient être notifiées au bureau de l'enregistrement dans le délai de trois mois, sous peine d'amende et d'emprisonnement ». En tous cas, l'importance des intérêts en jeu commande qu'ils soient efficacement pro-

(1) Seine, 13 juil. 1888 (Rép. enreg. 1888, art. 7120).

tégés ; et notamment, devraient être l'objet d'une législation pénale stricte les formalités dont l'absence peut compromettre les droits des tiers.

CONCLUSION

Nous pensons avoir montré de façon suffisamment saisissante combien le contrat de fusion pouvait se caractériser à côté, sinon en dehors, du contrat de société. Car c'est encore un contrat de société ; l'on pourrait objecter que c'est cependant un étrange contrat que celui dont la réalisation n'est parfaite que par la disparition obligatoire d'au moins un des fondateurs ; nous verrons, dans l'appendice qui suit et où nous étudierons la question fiscale de l'apport du passif, à quelle conséquence importante l'on aboutit si l'on admet un instant que la fusion n'est pas un contrat de société, si l'on veut lui reconnaître un instant la nature d'un contrat *sui generis*. Si l'analyse du contrat de fusion en un contrat *sui generis* ne nous séduit pas, c'est qu'avec certains auteurs nous y retrouvons les trois caractères spécifiques du contrat de société (art. 1832 C. civ.):

1° La mise en commun des apports, susceptible d'é-

valuation pécuniaire, effectuée par chacun des contractants ;

2° La participation de tous les apporteurs aux bénéfices, et leur contribution corrélative aux pertes provenant de l'entreprise ;

3° Un élément intentionnel, généralement dénommé *affectio societatis*, qui signifie « collaboration active, consciente et égalitaire de tous les contractants en vue de la réalisation d'un bénéfice à partager » (1).

Mettre en commun ses efforts et ses capitaux en vue de la réalisation d'un bénéfice à partager : c'est là véritablement le trait caractéristique du contrat de société tel que le définit le Code civil ; c'est aussi le trait caractéristique du contrat de fusion, que caractérisent spécifiquement aussi les trois éléments rapportés plus haut comme composant l'idée de société. C'est donc un contrat de société, mais il doit être l'objet d'une législation spéciale à raison de l'impossibilité constatée qu'il y a à lui faire l'application de la législation qui régit la matière des sociétés anonymes ; nous avons vu que c'est un type nouveau de société à considérer, aussi différent du type de la société anonyme que celle-ci est loin de la société en nom collectif. Sans doute c'est encore le principe de l'anonymat qui persiste, mais les sujets du contrat ne sont plus les mêmes : des personnes morales

(1) P. PIC, *De l'élément intentionnel dans le contrat de société*. A. D. D. C. 1906, 153.

représentant des intérêts collectifs, souvent considérables, veulent unir leurs efforts, leurs capitaux ; les conséquences économiques en seront plus considérables ; le législateur doit donc intervenir, mais en se gardant d'oublier que ce mouvement de concentration des sociétés s'est trop imposé dans les faits pour ne pas avoir droit aux égards qu'un législateur avisé doit à un mouvement d'évolution aussi nettement accusé.



APPENDICE

SUR LA LÉGISLATION FISCALE

LE DROIT PROPORTIONNEL DE VENTE EST-IL DÙ SUR LE PASSIF D'UNE SOCIÉTÉ DONT L'AVOIR ENTIER EST APPORTÉ, AVEC LA CHARGE DE CE PASSIF, A UNE AUTRE SOCIÉTÉ QUI L'ABSORBE ?

Nous reprenons un point que nous avons signalé pour son importance. L'importance de la question posée n'est pas douteuse. Veut-on fusionner différentes sociétés ? Aussitôt, apparaît aux promoteurs de la fusion le spectre des droits fiscaux à payer sur le passif des sociétés à absorber. Veut-on éviter ces droits souvent considérables ? Il faudra dès lors attendre que soit amorti le passif susceptible d'être imposé ; ce seront des délais, des longueurs qui compliqueront ou risqueront de compliquer la situation des intéressés. En dehors de ces attermoissements que commande la jurisprudence actuelle à ceux qui veulent quand même éviter de tels droits, y a-t-il d'autres solutions possibles ? La thèse de la Régie,

admise par la jurisprudence, doit-elle prévaloir définitivement ? Nous aurons répondu à ces questions quand, après avoir rapporté la controverse, nous aurons indiqué quelle solution l'on peut entrevoir qui concilie et les intérêts des sociétés et les intérêts du fisc.

§ 1. — *Exposé de la controverse.*

Deux sociétés veulent fusionner. L'une doit nécessairement disparaître, pour être absorbée par l'autre ou par une nouvelle société créée d'un commun accord. Mais la société absorbée a un passif. Nous avons vu qu'il pouvait être, au choix des parties, amorti préalablement à la fusion définitive, ou apporté comme partie de l'actif brut. C'est précisément dans cette dernière hypothèse que se pose la question de savoir quels droits le fisc sera admis à percevoir. L'apport de l'actif brut devra-t-il être décomposé en un apport social, plus une vente, le droit proportionnel de vente devant porter sur toute la valeur du passif ? Ou bien ne pourra-t-on pas considérer qu'il y a juridiquement apport d'une universalité où l'élément passif serait inséparable de l'élément actif, dont il doit être la charge ? Auquel cas serait perçu seulement le droit de 2 francs pour 1000 sur l'actif net ? La première solution proposée par l'Enregistrement, à l'occasion du procès désormais célèbre qu'il intenta à la Compagnie immobilière il y a quarante ans, a triomphé

en jurisprudence. La deuxième solution entrevue est celle que préconisent certains auteurs (1). Une troisième solution, dans l'hypothèse où l'on contesterait à la fusion la nature d'un contrat de société, aggraverait encore les charges fiscales qui grèvent déjà si fort l'apport du passif. Enfin une quatrième solution, dont nous pensons qu'elle concilierait les intérêts en présence, sera celle que nous proposerons en forme de conclusion à cet appendice.

§ 2. — *La thèse soutenue par l'Enregistrement et admise par la jurisprudence : droit proportionnel de 0,20 % sur l'actif net, droit proportionnel de vente sur le passif apporté.*

Le jugement du tribunal de la Seine, du 23 juin 1866(2), confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 1868 (3), tous deux intervenus à propos du procès intenté par l'Enregistrement à la Société immobilière, énonce clairement la solution adoptée par la jurisprudence : « Lorsque deux sociétés se fusionnent, fut-il jugé, et que l'une d'elles apporte dans la nouvelle entreprise tout son passif et son actif, il y a transmission

(1) VAVASSEUR, *Questions fiscales*, 1870 ; R. S. 1887, 99, et 1892, 259 ; DE NOAILLAT, p. 85.

(2) Rép. enreg. 1866, art. 2293.

(3) Rép. enreg. 1869, art. 2819 ; D. 69, 1, 251.

sujette au droit proportionnel jusqu'à concurrence des dettes que la société nouvelle prend l'engagement de payer aux créanciers de l'ancienne et dont l'importance résulte du rapport présenté à l'assemblée générale (loi du 22 frim. an VII, art. 4, 68) ». Dans des observations qui suivent le jugement du tribunal des Andelys, du 20 août 1879 (1), le rédacteur du Répertoire de l'Enregistrement constatait déjà que « le principe d'après lequel l'apport fait à la condition de payer le passif grevant les biens apportés est passible du droit proportionnel de cession à titre onéreux, est maintenant consacré par la jurisprudence d'une manière définitive ». Ce principe fut à nouveau et sensationnellement consacré, lors du procès que l'Enregistrement intenta au Crédit foncier de France (2).

Ainsi, la jurisprudence est bien définitivement fixée et sans avoir jamais marqué de véritable hésitation. Toutefois, les intérêts en jeu sont trop considérables pour que l'on n'ait pas essayé de tempérer la rigueur d'une telle jurisprudence. Mieux, on a essayé de prouver que les arrêts cités manquent de base juridique et l'on a pu concevoir un système dans lequel le passif peut être apporté sans que puisse être perçu aucun droit.

(1) Rép. enreg. 1881, art. 567i.

(2) Rép. enreg. 1896, 8769 ; A. D. D. C. 1896, 271. Cass. 6 mai 1896. Dans le même sens v. *Congrès soc. par act.*, 1900, p. 584 ; ROUSSEAU et DOLBEAU, n^{os} 1546 et suiv.

§ 3. — *La thèse doctrinale « de l'universalité » : le droit proportionnel de 0 fr. 20 % sur l'actif net est seul perçu.*

Certains auteurs (1) ont soutenu, d'une part, que les jugements et arrêts invoqués pour étayer la jurisprudence actuelle étaient sans application dans le cas qui nous intéresse ; que, d'autre part, l'apport par une société de son actif et de son passif *in globo* était l'apport d'une universalité ; que dès lors, la disposition de l'acte d'apport, par laquelle est apporté le passif, est une disposition dépendante et, si elle est énoncée, surrogatoire ; qu'en conséquence seul le droit proportionnel doit être perçu sur l'actif, déduction faite du passif dont l'apport n'est point imposé. Reprenons ces différents points.

Toute la jurisprudence invoquée par l'administration est ici sans application, soit parce que, dans les quelques arrêts ou jugements relatifs à des fusions entre sociétés, la distinction entre le corps certain et l'universalité n'a pas été proposée ; soit parce qu'il s'agissait de l'apport en société de corps certains ; « il est à remarquer, a dit un défenseur de la Compagnie immobilière, que tous les arrêts qui viennent d'être rappelés (2) ont été rendus à

(1) DENOAILLAT, p. 85 ; VAVASSEUR, articles cités plus haut.

(2) Cass. des 8 mars et 10 août 1842, 30 janv. 1850, 5 janv. 1853, 20 nov. 1861 et 8 nov. 1864 (Rép. Enreg. art. 892, 1111, 1235, 1397, 1445, 1463, 1549, 1551, 1882, 1937, 2001, 2136, 2158, 2214.

l'occasion de sociétés particulières dont les membres ou un des membres avaient fait un apport de choses déterminées, telles qu'un immeuble ou un fonds de commerce, sous la condition que la société payerait des créanciers de l'associé ou lui compterait une somme d'argent ; une clause semblable, ne tenant pas à l'essence du contrat de société et n'y étant qu'accidentelle, renfermait une transmission ou mutation, en un mot une véritable vente, dans la mesure de ce qui excédait la valeur de l'apport réel » (1). Ainsi ces jugements et arrêts, qui sont à la base de la jurisprudence actuelle, sont mal choisis puisqu'ils visent une tout autre situation ; dès lors, le système de la jurisprudence manquant de base, s'effondre, et le fisc qui lui doit tant ne saurait plus rien lui devoir à moins de quelque argumentation plus solide. Si nous considérons, d'autre part, que les sociétés qui ont eu des démêlés avec le fisc n'ont jamais fait valoir ou su faire valoir le fait que l'apport qu'elles faisaient était l'apport d'une universalité, nous devons admettre que la thèse reste entière qui considère l'apport du passif comme une disposition dépendante de l'acte qui consacre l'apport de l'actif. Comment cette thèse doit-elle être soutenue pour avoir toute chance de triompher de l'argumentation de l'Enregistrement ? (2)

(1) Cass., 15 déc. 1868 (Rép. Enreg. 1869, art. 2819).

(2) Voir l'exposé de cette thèse dans les articles déjà cités de M. Vavas seur.

Le droit de mutation serait dû, suivant l'administration, parce que l'apport n'est pas pur et simple. La société étant chargée de payer le passif qui la grève, acquiert l'actif jusqu'à concurrence de ce passif, qui forme le prix de vente. Que ceci soit vrai, quand il s'agit de l'apport d'un corps certain, ce n'est pas contestable ; mais la situation change du tout au tout, quand c'est une universalité de biens qui a été apportée, comme il arrive dans le cas de fusion. La raison de cette distinction est dans l'article 11 de la loi du 22 frimaire an VII, ainsi conçu : « Lorsque dans un acte quelconque il y a plusieurs dispositions, il est dû, pour chacune d'elles et selon son espèce, un droit particulier ». Si l'apport est d'un corps certain, l'obligation pour la société de payer la dette qui la grève forme une disposition spéciale tout à fait indépendante de la clause d'apport et n'en dérivant aucunement, puisque l'apport aurait pu être pur et simple, l'apporteur demeurant chargé de payer sa dette ; c'est l'hypothèse qu'envisage la série d'arrêts que nous avons énumérés plus haut, en indiquant que le jugement du Tribunal de la Seine du 23 juin 1866 (1) en avait fait le point de départ de la jurisprudence actuelle.

Mais si l'apport est d'une universalité de biens, les dettes grevant cette universalité sont, de plein droit, à la charge de la société, sans qu'il soit besoin d'aucune sti-

(1) Rép. Enreg. 1866, art. 2293.

pulation. L'apport est en ce cas réputé pur et simple, alors même que l'acte contient une stipulation formelle pour mettre les dettes à la charge de la société ; une telle stipulation, étant simplement énonciative du droit commun, serait regardée comme surrogatoire, puisqu'elle n'ajoute rien à la clause d'apport dont elle dérive nécessairement, et dès lors elle serait affranchie par l'article 11 de tout droit particulier. C'est la maxime latine : « *Bona non intelliguntur nisi aere deducto* », que Pothier a formulée en ces termes, dans son Traité de la Communauté : « Dettes sont charges de l'universalité et non de choses certaines ». Le principe devait passer dans le droit moderne, ainsi en témoignent les articles 1541, 1698 et 1815 du Code civil relatifs à la Communauté, à l'Hérédité et à la Société qui seule cependant se personnifie dans un être moral et forme par excellence ce que les juriconsultes romains appelaient « *universum corpus* ». La jurisprudence de la Cour de cassation elle-même n'a jamais méconnu ce principe, ainsi qu'on en peut juger par certains de ses arrêts rendus en matière civile (1). Ces considérations peuvent permettre de conclure que, si cette distinction entre l'apport d'un corps certain et l'ap-

(1) Cass., 21 avril 1843 (D. 49, 1, 252); Comp. Paris, 24 avril et 24 juin 1884 (R. S. 84, 488 et 496), 28 juin 1865 (D. 65, 1, 360), 13 juin 1866 (D. 68, 1, 37); Aix, 14 mai 1873 (Ann. Lehir, janv. 1874); 9 mai 1864 (D. 64, 1, 232); Cherbourg, 24 janv. 1877 (Journ. enreg., art. 20436).

port de l'universalité eût été proposée, tout porte à croire qu'elle eût été accueillie.

Si, ayant ainsi résumé cette thèse, nous devons constater que cette opinion n'a pas rallié la majorité des auteurs, c'est que de graves objections peuvent lui être faites que nous allons résumer ici.

Les conditions de constitution d'une société universelle sont tellement exceptionnelles, qu'elle ne saurait résulter d'inductions tirées des dispositions plus ou moins vagues d'un contrat. Elle doit être établie par la volonté expresse des contractants et stipulée en termes formels. Telle est, à cet égard, l'opinion de Pothier : « Les parties qui ont traité ensemble, dit-il, ne sont pas censées avoir voulu contracter cette espèce de société, si elles ne s'en sont formellement expliquées. » (1) « Il est incontesté, dit l'auteur anonyme d'un article écrit en réponse à ceux de M. Vavasseur (2), que l'acquéreur d'une universalité n'est tenu du passif qui la grève que s'il s'est engagé expressément ou tacitement à l'acquitter. Son engagement tacite s'induit des termes du contrat (et même, dans une certaine mesure, du silence de ce contrat), des circonstances, de la comparaison du prix stipulé avec la valeur brute et nette des biens cédés, etc... Or, si l'obligation d'acquitter le passif dérive, pour le cessionnaire ou acquéreur, non de la nature et

(1) *Traité du contrat de société*, n° 29.

(2) J. S. 1896, 386.

de l'essence du contrat, mais d'un engagement tacite, d'une intention présumée, on ne peut dire qu'elles soient une disposition nécessaire et inéluctable de la convention, et il n'y a pas lieu, en conséquence, d'appliquer ici les principes du droit fiscal sur les dispositions dépendantes. »

En admettant même que le traité de fusion contienne expressément que la société absorbée a fait un apport à titre universel, une autre grave objection se présenterait : une société universelle de tous biens ne peut être que civile (C. civ., art. 1842 et 1873), c'est-à-dire entraîner l'obligation personnelle de chacun de ses membres. Dès lors qu'elle est commerciale, et notamment constituée sous la forme anonyme, elle dégénère en société particulière ; la forme de l'anonymat est en effet exclusive de l'engagement personnel d'aucun des membres (art. 32, C. comm.), et, par conséquent, exclusive d'un des principes essentiels de la société *universorum honorum* (1). Ainsi, dans le sens de l'objection, on ne conçoit pas, quand il s'agit d'un apport réalisé dans une société commerciale, que l'apport puisse être universel. D'ailleurs ne doit-on pas remarquer que la libre disposition de la masse sociale en vue d'en faire un apport à une autre société pour fusionner avec elle, fait si peu partie de l'administration normale d'une société, si peu partie des

(1) Cass., 15 déc. 1868 (Rép. enreg. 1869, art. 2819).

droits limitativement indiqués que comprend sa personnalité juridique, que la liquidation qui aboutit à une fusion ne peut être opérée sans une autorisation expresse des statuts.

En résumé, étant donné combien paraît solidement établie la jurisprudence actuelle, il est douteux que les sociétés qui désirent fusionner aient jamais l'audace, qui peut leur être coûteuse, de vouloir faire triompher la thèse de l'universalité ; dont il n'est pas tellement sûr qu'elle triompherait d'une jurisprudence quasi-traditionnelle et d'objections qui ont une réelle valeur juridique.

On pourrait cependant concevoir que le législateur intervînt pour exempter ainsi le passif apporté de tous droits fiscaux, ceux-ci n'atteignant plus que l'actif net. Mais ne serait-ce pas, de sa part, favoriser un mouvement économique, qui indéniablement doit s'accuser encore, mais dont nous avons vu quels dangers politiques et sociaux il porte en lui.

§ 4. — *Troisième thèse : Le contrat de fusion n'est pas un contrat de société ; l'apport de l'actif net est soumis au droit de mutation aussi bien que l'apport du passif.*

Nous avons moins l'intention de proposer quelque système fiscal nouveau, que celle d'indiquer quelle conséquence fiscale assurément grave entraînerait le fait

juridique de ne vouloir pas reconnaître au contrat de fusion la nature d'un contrat de société.

Si l'on admet un instant cette hypothèse, il ne saurait plus être question d'apport social de l'actif, puisqu'il n'y a plus contrat de société ; nous sommes désormais en présence d'une cession ordinaire, cette cession ayant pour objet l'actif et le passif de la société qui disparaît ; et le seul droit fiscal qui frappera l'acte de fusion sera le droit de mutation.

Nous avons dit au commencement que l'hypothèse ne méritait d'être retenue que pour montrer combien s'impose dans les faits que soit reconnue à la fusion la nature d'un contrat de société. Sinon, les opérations de fusion sont rendues à peu près impossibles ; le droit fiscal de mutation est déjà souvent un obstacle suffisant à la concentration des sociétés, et encore ne frappe-t-il que le passif, d'après la jurisprudence actuelle ; s'il devait frapper aussi l'apport, disons plus exactement l'objet de la cession, les sociétés ne pouvant plus éviter des droits fiscaux considérables, ou bien renonceraient aux traités de fusion, ou bien recourraient à quelque autre mode de concentration, qui n'aurait pas cet inconvénient capital ou qui tournerait cet obstacle fiscal.

Telle est la raison de fait qui commande que l'on reconnaisse à la fusion la nature d'un contrat de société, en dehors des raisons juridiques données plus haut et par lesquelles se recommande la même solution.

§ 5. — *Conclusion. — Recherche d'un compromis entre la thèse de l'Enregistrement, admise par la jurisprudence, et la thèse de l'universalité : Assujettissement au droit proportionnel de 2 francs pour 1.000 fr. de l'actif brut, et du passif additionnés.*

De ces trois thèses, la dernière n'a pas à être retenue. On n'en pourrait concevoir l'application que dans une législation quasi-prohibitive des fusions en particulier, des concentrations du même genre en général, comme par exemple le trust ; mais peut-être une telle législation n'atteindrait pas son but ; elle empêcherait sans doute efficacement celles de ces concentrations qui, ne s'agglomérant que pour leur capital réel, reculeraient sans doute devant des droits fiscaux si considérables qu'ils peuvent être jugés prohibitifs ; mais celles de ces concentrations qui « diluent d'eau leur capital » (le mot américain « watering » traduit bien cette opération), qui sont précisément celles que voudrait atteindre une telle législation, ne renonceraient pas pour cela à leurs projets de spéculations ; seulement, le « watering » serait tel qu'il permettrait de payer les droits nouveaux.

Des deux autres thèses, nous ne pensons pouvoir préférer ni l'une ni l'autre ; la thèse jurisprudentielle aboutit à une demi-prohibition que la pratique tourne aisément, en amortissant le passif quand il est considérable, préalablement à la fusion, ou bien en chargeant la société

absorbante de l'amortir dans les délais statutaires en qualité de mandataire de la société absorbée. Cette solution n'est donc satisfaisante ni en droit ni dans les faits. La thèse doctrinale ne saurait être admise que par un législateur que n'effrayeraient pas les objections juridiques qu'elle rencontre et qui surtout aurait ainsi l'intention d'encourager ces fusions ; il ne semble pas que des faits économiques de la nature de ceux dont l'Amérique vient d'être le théâtre, soient de ceux qui engagent jamais aucun législateur dans une telle voie.

N'y a-t-il pas place entre ces deux thèses pour un compromis ? La thèse jurisprudentielle n'est pas pécuniairement si favorable au fisc, puisque les sociétés qui ont un important passif s'arrangent pour éviter les droits ; la thèse doctrinale, au contraire, de si peu que ce soit, priverait le fisc des droits qu'il perçoit sur les passifs peu considérables qu'apportent les sociétés que n'effrayent pas ces droits.

Le compromis que nous proposons concilierait à la fois les intérêts du fisc et ceux des sociétés qui fusionnent : seul serait perçu le droit proportionnel de 0 fr. 20 % sur le montant de l'actif brut et du passif additionnés. Ainsi l'actif est apporté non pas déduction faite du montant du passif, mais brut, et le passif est apporté en sus, comme un complément indispensable de l'apport ; c'est qu'aussi le passif doit être considéré non pas seulement comme une charge, mais comme un « élément de crédit »

ayant une valeur réelle (1). L'apport ne porte-t-il pas sur un ensemble de choses, de droits et d'obligations inséparables dans la pensée et la volonté du possesseur ? « Le passif y est la conséquence de l'actif qui en est augmenté d'autant, car s'il y a des dettes, il y a d'autant plus de marchandises, de créances, d'argent » (2). Strictement, il serait plus satisfaisant que l'actif net soit seul considéré, car si nous additionnons l'actif brut et le passif, nous comptons deux fois une même valeur le passif, puisqu'il est déjà représenté par la partie de l'actif brut dont celui-ci doit être diminué pour que soit obtenu l'actif net ; mais c'est précisément la compensation qui serait accordée au fisc pour le dédommager de perdre le bénéfice du droit de mutation sur le passif. D'ailleurs, nous voulons aller plus loin ; ce n'est pas un dédommagement qu'y trouverait le fisc, mais un avantage réel ; en effet, que se passe-t-il actuellement ? Considérons une société qui fait un apport de 200.000 francs d'actif brut avec un passif de 100.000 francs. Si le tout est simultanément apporté par le contrat de fusion, le fisc percevra le droit de 0,20 % sur 100.000 francs d'actif net et environ 5 % de droit de mutation sur le passif, suivant sa nature. Qu'arrivera-t-il le plus souvent ? Le plus souvent, les parties, ne voulant pas payer les 5 % de droit sur le passif, s'arrangeront pour l'éviter ; le fisc, à peu de

(1) Note de Labbé dans SIREY, 1888, 449.

(2) VAVASSEUR, R. S. 1892, 262.

choses près, ne percevra en définitive que 0,20 % sur l'actif net. Si, au contraire, le législateur décidait qu'un impôt uniforme de 0 fr. 20 % serait perçu sur l'actif brut augmenté du passif, le fisc percevrait trois fois le même droit ; le fisc y gagnerait donc, et les sociétés grevées d'un passif considérable ne seraient plus arrêtées par ce droit minime. Qu'on ne nous objecte pas que la statistique actuelle des fusions (toute d'imagination, car il n'en existe pas, à notre connaissance du moins) accuserait que 95 % des sociétés qui fusionnent apportent leur passif, car les 5 % qui restent représentent précisément les grosses sociétés à passif souvent considérable, qui, par tous les moyens, même les moins bons, cherchent à éviter le paiement du droit de mutation.

D'autres objections, purement juridiques, peuvent être faites à ce système ; qu'il est la négation du système fiscal établi par la loi du 22 frimaire an VII ; qu'il méconnaît la distinction essentielle entre l'opération d'apport et celle de vente. Mais ne sommes-nous pas dans une situation que n'a pu avoir en vue le législateur de l'an VII, situation nouvelle dont nous avons vu qu'elle fait éclater les cadres de la législation sur les sociétés, qui ne peut lui convenir. À des situations nouvelles il faut, sinon des lois nouvelles, du moins des lois inspirées de principes nouveaux. Les règles juridiques n'ont jamais été faites que pour être assorties à des faits économiques qu'impose le progrès économique et qui les précèdent en tout cas.

Si, comme nous l'avons reconnu, le mouvement de concentration des sociétés en sociétés plus fortes est un mouvement d'évolution économique, ce ne sont pas des préjugés juridiques qui lui seront jamais un obstacle, ils pourront plutôt, en ne lui donnant pas des limites juridiques appropriées, le laisser devenir l'instrument de quelques individus entreprenants, instrument dangereux parfois si l'on considère ce qui se passe aux Etats-Unis depuis une vingtaine d'années.

Vu :

Le Président et Doyen,

CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

POUR LE VICE-RECTEUR :

L'Inspecteur d'Académie,

J. COMBARIEU.



ANNEXE

Jugements et arrêts ayant contribué à la formation de la jurisprudence actuelle en matière de fusion.

Les titres qui suivent l'énoncé de l'arrêt ou du jugement résument ce qui peut en être intéressant au point de vue du sujet traité. La pagination renvoie aux parties de cet ouvrage où l'arrêt ainsi énoncé et résumé a été cité.

1. — **Seine, 24 fév. 1841.**

Achat échelonné et successif ou en bloc des actions
d'une société. P. 149.

2. — **Cass. 8 mars et 10 août 1842, 30 janv. 1850,
5 janv. 1853, 20 nov. 1861, 8 nov. 1864** [R. Enreg.
art. 892, 1111, 1235, 1397, 1445, 1463, 1549, 1551, 1882, 1937,
2001, 2136, 2158, 2214].

Droits fiscaux sur le passif apporté. P. 209.

3. — **Cass. 21 avril 1843** [D. 49, 1, 252].

Droits fiscaux sur le passif apporté. P. 212.

4. — **Cass. 9 fév. 1848** [D. Rép. soc. n^{os} 1187 et 1423 ; Rec.
périod. 73, 1, 73].

L'alliance comparée à la fusion. P. 93.

5. — **Cass. 30 janv. 1850.**

V. n^o 2.

6. — **Nîmes, 19 mai 1852** [S. 53, 2, 614 ; D. 55, 5, 296].

Sort du passif obligataire ; droits et garanties des
obligataires. P. 170.

7. — **Cass. 5 janv. 1853.**
V. n° 2.
8. — **Paris, 24 mars 1859** [S. 59, 2, 438 ; D. 59, 2, 146].
Vérification des apports. P. 135. — De la volonté des parties quand la fusion comporte une augmentation de capital. P. 146.
9. — **Cass. 9 août 1859** [S. 60, 1, 470].
Achat échelonné et successif ou en bloc des actions d'une société. P. 148.
10. — **Cass. 20 mars 1860** [S. 61, 1, 61].
Dissolution amiable : pouvoirs du liquidateur. PP. 107 et 109.
11. — **Paris, 21 août 1860** [J. Pal. 62, 346].
La création d'une personne morale et la définition de la fusion. P. 88.
12. — **Cass. 8 fév. 1861** [J. Pal. 62, 346].
La création d'une personne morale et la définition de la fusion. P. 88.
13. — **Cass. 20 nov. 1861.**
V. n° 2.
14. — **Cass. 27 juil. 1863** [D. 63, 1, 460].
Droits et garanties des obligataires. P. 171.
15. — **Aix, 9 mai 1864** [D. 64, 1, 232].
Droits fiscaux sur le passif apporté. P. 212.
16. — **Cass. 8 nov. 1864.**
V. n° 2.
17. — **Cass. 29 mai 1865** [D. 65, 1, 300].
Droits et garanties des obligataires. P. 171.
18. — **Paris, 28 juin 1865** [D. 65, 1, 360].
Droits fiscaux sur le passif apporté. P. 212.
19. — **Seine, 4 août 1865.**
Achat échelonné et successif ou en bloc des actions d'une société. P. 149.

20. — **Paris, 13 juin 1866** [D. 68, 1, 37].
Droits fiscaux sur le passif apporté. P. 212.
21. — **Seine, 23 juin 1866** [R. Enreg. 66, art. 2293].
Enregistrement contre Compagnie immobilière. —
Droits fiscaux sur le passif apporté. PP. 207 et 211.
22. — **Besançon, 29 mars 1867** [D. 69, 1, 523].
Responsabilité des actionnaires quant au capital
annoncé aux tiers. P. 126.
23. — **Cass. 10 avril 1867** [D. 67, 1, 397 ; S. 67, 1, 677].
Achat échelonné et successif ou en bloc des actions
d'une société. P. 148.
24. — **Lyon, 6 février 1868** [D. 68, 2, 63].
Nomination des premiers fonctionnaires quand il y a
création de société nouvelle. P. 127.
25. — **Cass. 15 déc. 1868** [R. Enreg. 69, art. 2819 ; D. 69, 1, 251].
*Enregistrement contre Compagnie immobilière de
Paris.* — De la définition de la fusion. P. 78. — Droits
fiscaux sur le passif apporté. PP. 207, 210 et 214.
26. — **Cass. 10 mai 1869** [D. 69, 1, 523].
Responsabilité des actionnaires quant au capital
annoncé aux tiers. PP. 126, 137 et 200.
27. — **Cass. 4 janv. 1870** 1870 [S. 70, 1, 3].
Sort du passif obligataire ; droits et garanties des
obligataires. P. 170.
28. — **Aix, 5 juil. 1871** [S. 72, 1, 229].
La création d'une personne morale et la définition de
la fusion. P. 88.
29. — **Cass. 16 avril 1872** [S. 72, 1, 229].
La création d'une personne morale et la définition de
la fusion. P. 88.
30. — **Aix, 14 mai 1873** [Ann. Lehir, janv. 74].
Droits fiscaux sur le passif apporté. P. 212.

31. — **Cass. 17 août 1875** [D. 76, 1, 359 ; S. 76, 1, 451].
Dissolution amiable : pouvoirs du liquidateur. P. 108.
32. — **Cass. 8 mars 1876** [J. Pal. 76, 1051].
Des différents modes de fusion. P. 144.
33. — **Cass. 14 nov. 1876** [S. 78, 1, 201 ; J. Pal. 78, 510].
Des différents modes de fusion. P. 144.
34. — **Cherbourg, 24 janv. 1877** [J. Enreg., art. 20436].
Droits fiscaux sur le passif apporté. P. 212.
35. — **Nîmes, 15 janv. 1878** [D. 78, 1, 5].
De l'identité de l'objet des sociétés qui fusionnent.
P. 104.
36. — **Dijon, 29 janv. 1878** [S. 79, 2, 285].
Sort du passif obligataire ; droits et garanties des
obligataires. P. 170.
37. — **Cass. 24 juil. 1878** [S. 79, 1, 455 ; D. 79, 2, 37].
Sort du passif obligataire ; droits et garanties des
obligataires. P. 170.
38. — **Cass. 10 déc. 1878** [D. 79, 1, 5].
De l'identité de la forme, de l'objet des sociétés qui
fusionnent. P. 104. — Société actionnaire d'une autre
société. P. 147.
39. — **Les Andelys, 20 août 1879** [R. Enreg. 81, art. 5671].
Droits fiscaux sur le passif apporté. P. 208.
40. — **Cass. 5 nov. 1879** [S. 80, 1, 172].
Des différents modes de fusion. P. 144.
41. — **Cass. 26 avril 1880** [D. 80, 1, 268 ; J. S. 80, 236 ;
S. 81, 1, 5].
Nomination des premiers fonctionnaires quand il y a
création de société nouvelle. P. 127. — Vérification des
apports. PP. 135 et 143.
42. — **Grenoble, 17 nov. 1880** [J. S. 81, 201].
De la définition de la fusion. P. 78.

43. — **Cass. 7 fév. 1881** [S. 81, 1, 276].
Achat échelonné et successif ou en bloc des actions d'une société. P. 148.
44. — **Paris, 4 avril 1881** [J. S. 81, 284].
De l'unanimité pour voter la fusion dans le silence des statuts. P. 116.
45. — **Cass. 10 mai 1881** [D. 82, 1, 201].
Droits et garanties des obligataires. P. 171.
46. — **Rouen, 18 juill. 1881** [S. 82, 11, 6].
Dissolution amiable : pouvoirs du liquidateur. P. 111.
47. — **Seine, 7 juill. 1882** [J. S. 83, 640].
Pouvoirs du liquidateur en cas de dissolution. P. 113.
— De l'unanimité pour voter la fusion dans le silence des statuts. P. 116.
48. — **Valenciennes, 2 fév. 1883** [J. Enreg., art. 22166].
Achat échelonné et successif ou en bloc des actions d'une société. P. 149.
49. — **Seine, 25 juin 1883** [J. S. 83, 725].
Du bénéfice du terme pour la société absorbante quand les garanties restent entières. P. 170.
50. — **Paris, 25 juin 1883** [S. 87, 1, 286].
Des différents modes de fusion. P. 144.
51. — **Seine, 24 juill. 1883** [J. S. 84, 111].
Du sens de l'art. 31 de la loi du 24 juill. 1867. P. 117.
52. — **Seine, 27 août 1883** [J. S. 83, 730].
Du bénéfice du terme pour la société absorbante quand les garanties restent entières. P. 170.
53. — **Seine, 1^{er} oct. 1883** [R. S. 84, 38].
Fusion conditionnelle : de la condition suspensive. P. 151.
54. — **Paris, 9 nov. 1883** [J. S. 84, 14].
Droits des créanciers. P. 164.

55. — **Seine, 12 nov. 1883** [R. S. 84, 43].
De la définition de la fusion. P. 80. — Fusion conditionnelle : de la condition suspensive. P. 151.
56. — **Paris, 24 mars 1884** [J. S. 86, 519].
Droits et garanties des obligataires quand il est ajouté aux garanties premières. P. 171.
57. — **Seine, 7 avril 1884** [J. S. 86, 478].
Droits des créanciers. P. 164.
58. — **Paris, 24 avril 1884** [R. S. 84, 488 ; J. S. 88, 581].
Enregistrement contre Crédit foncier de France. — Fusion conditionnelle : de la condition suspensive. P. 151. — Droits des créanciers. PP. 160 et 162. — Droits et garanties des obligataires. P. 170. — Droits fiscaux sur le passif apporté. P. 212.
59. — **Paris, 28 mai 1884** [D. 86, 2, 177].
D'un des modes d'extinction du passif. P. 159.
60. — **Paris, 24 juin 1884** [J. S. 85, 719 ; R. S. 84, 496].
De la définition de la fusion. P. 79. — De l'unanimité pour voter la fusion dans le silence des statuts. PP. 116 et 117. — Droits des créanciers. P. 164. — De la fusion partielle, comme cause de nullité. P. 196. — Droits fiscaux sur le passif apporté. P. 212.
61. — **Paris, 29 déc. 1884** [S. 86, 1, 349].
Dissolution judiciaire : pouvoirs du liquidateur. P. 113.
62. — **Seine, 15 janv. 1885** [R. S. 85, 360 ; J. S. 90, 401].
Droits des créanciers. P. 164.
63. — **Seine, 2 mars 1885** [S. 89, 1, 417].
Droits des porteurs de parts de fondateurs. P. 180.
64. — **Beauvais, 25 avril 1885** [R. Enreg. 88, art. 7039].
Définition de la fusion : de l'accord de volontés. P. 85.
65. — **Paris, 13 mai 1885** [J. S. 87, 107 et 90, 316 et 340].
Définition de la fusion : de l'échange de titres. P. 89.
— Résiliation de la fusion. P. 190.

66. — **Nîmes, 17 juin 1885** [J. S. 88, 137].
Vérification des apports. P. 135.
67. — **Paris, 19 juin 1885** [J. S. 86, 225].
De la définition de la fusion. P. 80. — De l'ordre du jour qui contient une proposition de fusion. P. 101.
68. — **Paris, 6 juil. 1885** [J. S. 86, 702].
Du bénéfice du terme pour la société absorbante quand les garanties restent entières. P. 170.
69. — **Cass. 17 juil. 1885** [S. 87, 1, 286].
Des différents modes de fusion. P. 144.
70. — **Rouen, 7 avril 1886** [J. S. 86, 520].
Fusion conditionnelle : de la condition suspensive. P. 151.
71. — **Seine, 8 avril 1886** [J. S. 90, 389].
Dissolution judiciaire : pouvoirs du liquidateur. P. 113.
72. — **Seine, 21 mai 1886** [R. Enreg. 87, art. 6777].
Dissolution amiable : pouvoirs du liquidateur. P. 110.
73. — **Cl.-Ferrand, 14 janv. 1887** [D. 89, 11, 67].
Dissolution amiable : pouvoirs du liquidateur. P. 107.
74. — **Paris, 15 fév. 1887** [R. S. 87, 186].
Nullité de droit commun. PP. 103 et 194. — Fusion conditionnelle : de la condition suspensive. P. 151. — Droits des créanciers et fusion partielle. P. 160.
75. — **Paris, 16 juil. 1887** [J. S. 90, 375].
Fusion conditionnelle : de la condition suspensive. P. 151.
76. — **Seine, 31 août 1887** [R. S. 87, 594].
Dissolution judiciaire : pouvoirs du liquidateur. P. 113.
77. — **Cass. 9 nov. 1887** [D. 88, 1, 202 ; A. D. D. C. 88, 68 ; J. S. 88, 137, note Houpin ; S. 88, 459, note Labbé ; J. S. 89, 233, art. Houpin en réponse à la note Labbé].
De la définition de la fusion. P. 81. — De l'identité de la forme, de l'objet des sociétés qui fusionnent. P. 105.

- Vérification des apports. PP. 135 et 138. — Société nouvelle créée au moyen d'apports, fait un appel d'actions de numéraire pour éteindre son passif: nullité d'ordre public. P. 195.
78. — **Riom, 7 fév. 1888** [D. 89, 41, 67].
Dissolution amiable: pouvoirs du liquidateur. P. 107.
79. — **Cass. 15 fév. 1888** [R. Enreg. 88, art. 7039].
Définition de la fusion: de l'accord de volontés. P. 85.
80. — **Cass. 29 fév. 1888** [S. 89, 1, 417].
Droits des porteurs de parts de fondateurs. P. 180.
81. — **Seine, 1^{er} mars 1888** [J. S. 89, 289; R. S. 88, 329].
Nullités de droit commun. P. 193. — Responsabilité des administrateurs chargés de réaliser la fusion. P. 198.
82. — **Seine, 13 juil. 1888** [R. Enreg. 88, art. 7120].
L'échange de titres. P. 156. — Sanctions encourues par les auteurs responsables de la fusion. P. 201.
83. — **Le Havre, 8 nov. 1888** [R. Enreg. 89, art. 7188].
Fusion conditionnelle: de la condition suspensive. P. 151.
84. — **Douai, 17 déc. 1888** [J. S. 91, 511].
Nullités de droit commun. P. 193.
85. — **Cass. 8 janv. 1889** [R. Enreg. 89, art. 7206].
Fusion conditionnelle: de la condition suspensive. P. 151.
86. — **Seine, 4 févr. 1889** [J. S. 89, 99].
Dissolution judiciaire: pouvoirs du liquidateur. P. 112.
87. — **Seine, 7 juin 1889** [R. S. 89, 522].
Enregistrement contre Crédit foncier de France. — Fusion conditionnelle: de la condition suspensive. P. 151.
— D'un des modes d'extinction du passif. P. 162.
88. — **Seine, 23 juil. 1889** [J. S. 90, 57; et 91, 535].
Vérification des apports. P. 135. — Nullité d'ordre public. P. 195.

89. — **Paris, 16 nov. 1889** [J. S. 90, 313].
Résiliation de la fusion. P. 190.
90. — **Cass. 23 déc. 1889** [S. 91, 1, 321 ; J. S. 90, 433].
Dissolution judiciaire: pouvoirs du liquidateur. P. 113.
91. — **Cass. 31 déc. 1889** [R. S. 90, 126 ; J. S. 90, 189 ; D. 90, 1, 253].
De la publicité. P. 133.
92. — **Cass. 18 fév. 1890** [D. 90, 1, 246].
Responsabilité des administrateurs chargés de réaliser la fusion. P. 198.
93. — **Cass. 19 fév. 1890** [S. 91, 1, 321 ; J. S. 93, 186 ; R. S. 90, 176].
Dissolution judiciaire: pouvoirs du liquidateur. P. 113.
— Responsabilité des administrateurs chargés de réaliser la fusion. P. 198.
94. — **Seine, trib. com. 10 mars 1890** [A. D. D. C. 91, 151].
Droits des porteurs de parts de fondateurs. P. 178. —
Action en dommages-intérêts des porteurs de parts contre la société. P. 180.
95. — **Bordeaux, 26 mars 1890** [J. S. 91, 322].
Achat échelonné et successif ou en bloc des actions d'une société. P. 149.
96. — **Seine, 30 juil. 1890** [J. S. 91, 445].
Vérification des apports. P. 135.
97. — **Lyon, 29 oct. 1890** [J. S. 91, 443].
Fusion conditionnelle: de la condition résolutoire. P. 152.
98. — **Cass. 17 nov. 1890** [J. S. 91, 278 ; J. Enreg. 91, 18].
Achat échelonné et successif ou en bloc des actions d'une société. P. 149.
99. — **Seine, 18 nov. 1890** [R. S. 91, 109].
Achat échelonné et successif ou en bloc des actions d'une société. P. 148.

100. — **Paris, 14 janv. 1891** [J. S. 91, 529].
Définition de la fusion : de l'accord de volontés. P. 85.
— Vérification des apports. P. 135. — Nullité d'ordre public. P. 195. — Responsabilité du commissaire-vérificateur des apports. P. 199.
101. — **Paris, 20 mars 1891** [J. S. 92, 79 ; R. S. 91, 520].
De la définition de la fusion. P. 81. — La création d'une personne morale et la définition de la fusion. P. 88. — L'alliance comparée à la fusion. P. 94. — Vérification des apports. PP. 135 et 138.
102. — **Paris, 24 mars 1891** [D. 94, 1, 505].
Vérification des apports. P. 135.
103. — **Paris, 17 juin 1891** [D. 93, 1, 565].
Calcul de l'indemnité attribuée aux porteurs de parts pour le préjudice à eux causé par la fusion. P. 182.
104. — **Seine, 13 nov. 1891** [J. S. 93, 321].
L'échange de titres. P. 157.
105. — **Cass. 22 fév. 1892** [J. S. 92, 514].
De l'unanimité pour voter la fusion dans le silence des statuts. P. 111.
106. — **Seine, 14 mai 1892** [J. S. 93, 60 ; R. S. 93, 34].
Dissolution judiciaire : pouvoirs du liquidateur. P. 111.
— De l'unanimité pour voter la fusion dans le silence des statuts. P. 116. — L'échange de titres. P. 156.
107. — **Grenoble, 17 mai 1892** [D. 92, 2, 325].
Vérification des apports. P. 135.
108. — **Paris, 21 mai 1892** [S. 92, 2, 270].
Vérification des apports. P. 135.
109. — **Cass. 30 mai 1892** [D. 93, 1, 103 ; et 94, 1, 331].
De l'unanimité pour voter la fusion dans le silence des statuts. P. 116.
110. — **Seine, 27 juil. 1892** [R. S. 92, 518].
Dissolution judiciaire : pouvoirs du liquidateur. P. 113.

111. — **Paris, 9 mars 1893** [J. S. 93, 343].
Vérification des apports. P. 135.
112. — **Seine, 10 mars 1893** [J. Enreg., art. 24177].
La création d'une personne morale et la définition de la fusion. P. 88.
113. — **Lyon, 29 avril 1893** [J. S. 94, 31 ; D. 98, 1, 11].
Dissolution judiciaire : pouvoirs du liquidateur. P. 111.
114. — **Cass. 4 juil. 1893** [J. S. 93, 498 ; S. 93, 1, 473 ; D. 93, 1, 565].
Droits des porteurs de parts de fondateurs. P. 178. —
Action en dommages-intérêts des porteurs de parts contre la société. P. 180.
115. — **Cass. 19 juil. 1893** [S. 94, 1, 261].
Nullité d'ordre public. P. 195.
116. — **Cass. 29 janv. 1894** [D. 94, 1, 331].
De l'unanimité pour voter la fusion dans le silence des statuts. P. 116.
117. — **Seine, trib. com. 24 sep. 1894** [S. 96, 2, 22 ; J. S. 95, 38].
Action en dommages-intérêts des porteurs de parts contre la société. PP. 180 et 181.
118. — **Lyon, 24 juil. 1895** [A. D. D. C. 96, 271].
Dissolution amiable : pouvoirs du liquidateur. P. 109.
119. — **Cass. 5 nov. 1895** [J. S. 96, 65 ; R. S. 96, 55 ; S. 95, 2, 121, note Wahl ; D. 97, 1, 113, note Thaller].
Vérification des apports. P. 139.
120. — **Cass. 6 mai 1896** [R. Enreg. 96, art. 8769 ; A. D. D. C. 96, 271].
Enregistrement contre Crédit foncier de France. —
Du bénéfice du terme pour la société absorbante quand les garanties restent entières. P. 170. — Des droits fiscaux sur le passif apporté. P. 208.
121. — **Cass. 12 mai 1896** [J. S. 96, 292].
Dissolution amiable : pouvoirs du liquidateur. PP. 108 et 109.

122. — **Seine, 17 mars 1897** [R. S. 97, 481 ; A. D. D. C. 98, 16].
Dissolution amiable : pouvoirs du liquidateur. P. 109.
— L'échange de titres : forclusion après le délai accordé.
P. 157.
123. — **Paris, 20 juil. 1897** [J. S. 99, 158].
Action en dommages-intérêts des porteurs de parts
contre la société. P. 180.
124. — **Cass. 13 juin 1898** [J. S. 99, 151 ; S. 99, 1, 67 ; D.
99, 1, 553].
Action en dommages-intérêts des porteurs de parts
contre la société. P. 180.
125. — **Paris, 5 juil. 1900** [J. S. 1900, 428].
Fusion conditionnelle : de la condition suspensive.
P. 151.
126. — **Seine, 6 mars 1901** [J. S. 01, 330].
Nullité de droit commun. P. 194.
127. — **Lyon, 4 mai 1901** [J. S. 02, 29].
Action en dommages-intérêts des porteurs de parts
contre la société. P. 180.
128. — **Paris, 18 juillet 1901** [J. S. 02, 152].
Action en dommages-intérêts des porteurs de parts
contre la société. P. 180.
129. — **Paris, 5 déc. 1901** [J. S. 02, 11].
Action en dommages-intérêts des obligataires contre
la société. P. 169.
130. — **Seine, trib. com. 24 mars 1902** [J. S. 03, 136].
De l'ordre du jour qui contient une proposition de
fusion. P. 101.
131. — **Seine, trib. com. 22 juin 1902** [J. S. 04, 40].
Préparation de la fusion. P. 102. — De l'unanimité
pour voter la fusion dans le silence des statuts. P. 116.
— La fusion comparée à la dissolution anticipée et à la
liquidation conditionnelle. P. 119.

132. — **Cass. 9 mars 1903** [R. S. 03, 375 ; A. D. D. C. 04, 21].
La dissolution anticipée pour justes motifs laisse les porteurs de parts sans droits. P. 179.
133. — **Cass. 24 mars 1903** [R. S. 03, 322 ; J. S. 03, 346 ; A. D. D. C. 04, 21].
La dissolution anticipée pour justes motifs laisse les porteurs de parts sans droits. PP. 179 et 181.
134. — **Cass. 20 juil. 1904** [J. S. 05, 28].
D'un des modes d'extinction du passif. P. 170.
135. — **Cass. 16 nov. 1904** [J. S. 05, 114].
Les parts de fondateurs assimilées aux actions. P. 176.
136. — **Cass. 17 janv. 1905** [J. S. 05, 489].
De l'unanimité pour voter la fusion dans le silence des statuts. PP. 116 et 120. — De l'ordre du jour qui contient une proposition de fusion. P. 120.
-

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

- ALAUZET. — *Commentaire sur les sociétés civiles et commerciales*. 1879, 2 vol. in-8.
- ARTHUYS. — Jurisprudence commerciale ; exposé doctrinal.
— Revue critique de législation et de jurisprudence.
1897, p. 273.
- AVENEL [D']. — *Aux Etats-Unis : Les affaires*. Revue des Deux-Mondes. 1^{er} octobre 1907.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil*. 10 forts volumes in-8.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Des obligations*. 4 vol.
- BÉDARRIDE. — *Commentaire de la loi de 1867 sur les sociétés en commandite par actions, anonymes et coopératives*. 1877, 2 vol. in-8.
- BESLAY et LAURAS. — *Commentaire théorique, pratique et critique du Code commercial*. 1867-69, 2 vol. in-8.
- BEUDANT. — *De la constitution des sociétés par actions d'après la loi du 24 juillet 1867*. — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXXVI, pp. 121 et 150.
- BOISTEL. — *Cours de droit commercial ; avec supplément*. — 4^e édit. 1890, 1 vol. gr. in-8.
— *Manuel de droit commercial*. — 3^e édit., 1899, 1 vol. in-8.
- BOLEN, — *Plain tracts as to the trusts and the tariff*. New-York, 1902, in-8.

- L. BOSSY. — *De l'augmentation et de la réduction du capital dans les sociétés par actions*. Thèse, Rousseau, 1899.
- BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT. — *Traité de droit commercial*. — 2^e édit. 1888-92, 6 forts vol. in-8.
- BUCHÈRE. — *De l'application des dispositions de la loi du 24 avril 1867 à l'augmentation du capital social des sociétés anonymes*. Journal des sociétés, 1883, p. 471.
- BUCKLEY. — *On the companies acts*. — 8^e édit. par A. C. Clouston. Londres, Stevens and Haynes, 1902, 1 vol.
- CARROLL D. WRIGHT. — *L'évolution industrielle aux Etats-Unis*. Paris, 1901, 1 vol. in-8.
- CAUWÈS. — *Traité d'économie politique*. 4 vol.
- CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD. — *Traité des droits d'enregistrement*. — 2^e édit. 1851, 6 vol. in-8.
- CHAVEGRIN. — Journal du Palais, 1889, 1, 1036, note.
- Congrès international des sociétés par actions, 8-12 juin 1900. — Paris, 1900, 1 vol. in-8.
- COOK. — *Trusts, recent combination in Trade*. New-York, Strouse ; broch. in-8.
- DALLOZ. — *Nouveau Code civil annoté*. 1900-1907, 9 vol. in-4^e.
- DÉCUGIS. — *Etude sur la protection des obligataires dans les sociétés anglaises par actions*. Bulletin de la Société de législation comparée, 1901, p. 241.
- DELOISON. — *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*. — 2^e édit. 1882, 2 vol. in-8.
- DEMANTE. — *Principes de l'enregistrement*. — 4^e édit. 1888-89, 2 vol. in-8 ; supplément in-8, 1897.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*. 32 vol.
- DIETZEL. — *Sozialpolitik und handelspolitik*. Berlin, 1902.
- CH. DOLLÉANS. — *De l'accaparement*. Thèse, Larose, 1902, in 8.
- H. GÉNEVOIS. — *Le nouveau régime des sociétés*. 1896, 1 vol. gr. in-8.

- GOIRAND. — *Traité des sociétés par actions*. 1897-1901, 3 vol. gr. in-8.
- GRUNZEL. — *Über Kartelle*. Leipzig, 1902, 1 vol. in-8.
- HOUPIN. — *Traité des sociétés civiles et commerciales*. 2 vol. in-8.
- JAY. — « *La protection des travailleurs est-elle nécessaire ?* »
Revue d'économie politique, février 1902.
- JENKS. — *The trust problem*. Mc Clure, Phillips and C^o, New-York, 1905, in-12.
- LABBÉ. — Sirey, 1888, 1, 449, note.
- LAROMBIÈRE. — *Traité théorique et pratique des obligations*. 1885, 7 vol. in-8.
- LAURENT. — *Principes de droit civil français*. — 5^e édit. 1893, 33 vol. in-8.
- LÉCHOPIÉ. — *De la valeur des obligations remboursables avec primes par voie de tirage au sort, et des droits des obligataires en cas de faillite ou de liquidation des compagnies*. 1881, in-8.
- E. LECOUTURIER. — *Traité des parts de fondateurs*. 1903, in-8.
- PIERRE LEROY-BEAULIEU. — *Les Etats-Unis au XX^e siècle*. Paris, 1906, 1 vol.
- LESCŒUR. — *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales en France et à l'étranger*. 1877, 1 vol. in-8.
- LÉVI. — *De la liquidation des sociétés commerciales*. Pouvoirs et responsabilités des liquidateurs. 1884, 1 vol. in-8.
- LINDLEY. — *A treatise on the law of partnership*. — 7^e édit., Sweet and Maxwell L^d. Londres, 1905, 1 vol.
— *A treatise on the law of companies*. — 6^e édit., Swet and Maxwell L^d. Londres, 1902, 2 vol.
- LYON-CAEN. — *Du droit de modifier les statuts des sociétés par actions*. Journal des Sociétés. 1880, p. 278.

- LYON-CAEN. — *Etude sur les droits communs des porteurs d'obligations en Allemagne*. Bulletin de la Société de législation comparée. 1901, pp. 127 et suiv.
- et RENAULT. — *Manuel de droit commercial*. 1 vol. in-8.
- — — *Traité de droit commercial*. 8 vol. in-8.
- MACROSTY. — *Trusts and the state*. Grant Richards. Londres, 1901, in-8.
- MAGUÉRO. — *Traité alphabétique des droits d'enregistrement, de timbre et d'hypothèques*. 5 vol. in-4°.
- MANARA. — *Traité des parts de fondateurs*.
- MARTIN-SAINT-LÉON. — *Cartells et trusts*. Paris, 1903, in-12.
- *Bibliographie des ententes et des fusions industrielles*. Annales du Musée social, juin et août 1903.
- MATHIEU. — *La loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*. Les projets de réforme et la jurisprudence. Gazette des Tribunaux. 5-6 février 1877.
- et BOURGUIGNAT. — *Commentaire sur la loi du 24 juillet 1867*. Paris, 1868, in-8.
- MEADE. — *Trust finance*. Appleton, New-York, 1902.
- MENZEL. — *Die Kartell und die Rechtsordnung*. Duncker et Humblot, Leipzig, 1902.
- H. MESNIL. — *Article sur la situation des obligataires dans les Sociétés anglaises*. Journal des Sociétés, 1900, p. 525.
- NOAILLAT [DE]. — *Etude sur la fusion des Sociétés*. Thèse. Fayolle, 1899.
- NORVINS [DE]. — *La folie des trusts*. Revue, ancienne Revue des revues. 15 janvier 1903.
- P. PIC. — *De l'élément intentionnel dans le contrat de Société*. Annales de droit commercial. 1906, p. 153.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*. 3 vol. in-8.
- PONT. — *Commentaire des Sociétés civiles et commerciales*. — 2^e édit. 1880-84, 2 vol. in-8.
- POTHIER. — *Traité du contrat de Société*.

- RAFFALOVICH. — *Trusts, cartells et syndicats*. Paris, 1903, in-8.
— *Année financière 1906-1907*.
- RAIBERTI. — *Rapport sur le projet Millerand sur les actions de priorité du 12 juin 1899*. Journal des Sociétés, 1900, 873.
- RIVIÈRE. — *Répétitions écrites sur le Code de commerce*. — 8^e édit. 1882, in-8.
- TH. ROOSEVELT. — *Messages présidentiels des 4 novembre 1902, 3 décembre 1907 et 25 mars 1908*.
- ROUSIERS [P. DE]. — *Les industries monopolisées aux Etats-Unis*. Paris, 1900, 1 vol.
— *Les syndicats industriels de producteurs en France et à l'étranger* (trusts, cartells, comptoirs). Paris, 1901, 1 vol.
- ROUSSEAU. — *Manuel pratique des sociétés par actions*. — 3^e édit. 1900, in 8.
— *Questions nouvelles sur les sociétés commerciales*. 1882, in-8.
— et DOLBEAU. — *Manuel des sociétés par actions*. 1 vol. in-8.
- A. SAYOUS. — *La crise allemande de 1900-1902*. Paris, 1903, in-18.
- THALLER. — *Traité élémentaire de droit commercial*. 1 vol. in-8.
— *De la réforme de la loi sur les sociétés par actions*. Revue politique et parlementaire, janvier 1903.
— *Des nouvelles pratiques financières suivies en matière de sociétés*. Revue critique de législation et de jurisprudence, 1881, p. 534.
- ED. THÉRY. — *Histoire économique de l'Angleterre, de l'Allemagne, des Etats-Unis et de la France, de 1890 à 1900*.
- VALÉRY. — *Les parts de fondateurs*. Esquisse nouvelle à propos d'un livre récent; extrait de la Revue générale du Droit, 1904.
- A. VAVASSEUR. — *Traité des sociétés civiles et commerciales*. — 5^e édit., par J. Vavasseur, 1897-1904, 2 vol. in-8.

- A. VAVASSEUR. — *Questions fiscales*. 1870, in-8.
— *Enregistrement ; fusion de sociétés ; universalité de biens ; passif ; droit proportionnel de vente*. *Revue des Sociétés*, 1887, pp. 99 et suiv.
— *De la fusion de sociétés ; un prétendu obstacle fiscal*. *Revue des Sociétés*, 1892, pp. 259 et suiv.
- A. VIALATE. — *L'industrie américaine*. Paris, 1908, in-8.
- WAHL. — *Les parts de fondateurs*, 1897, in-8.
— *Pouvoirs des assemblées générales d'actionnaires au point de vue de la fusion de sociétés*. *Journal des Sociétés*, 1900, pp. 386 et suiv.
— *Une société peut-elle être gérante d'autres sociétés*. *Journal des Sociétés*, 1906, pp. 289 et suiv.
- WIBAUT. — *Les trusts et l'organisation des travailleurs*. *Le Mouvement socialiste*, 22 février 1902.
- F. WILLOUGHBY. — *La corporation de l'acier et la grève des ouvriers mécaniciens* (traduit par de Montaignac). *Musée social*, février 1902.
- X... — *Société ; apport à titre onéreux ; droit fiscal*. *Journal des Sociétés*, 1896, pp. 386 et suiv.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Introduction	5

Partie économique.

Chapitre I. — Le mouvement de concentration des sociétés s'impose comme répondant à un stade nouveau du mouvement de concentration des capitaux. — Ses causes	11
Chapitre II. — De la classification et de la dénomination des expressions de la concentration des sociétés	28
Chapitre III. — Avantages et inconvénients de la concentration des sociétés.....	46
Chapitre IV. — De la réglementation par le législateur, de la concentration des sociétés.....	66

Partie juridique.

Chapitre préliminaire.....	73
Chapitre I. — Détermination des éléments caractéristiques de la fusion au point de vue juridique. — Définition. — Mise à l'épreuve de la définition proposée comme critérium permettant de distin-	

guer la « fusion juridique » des autres expressions économiques de la concentration des sociétés.	75
§ 1. — Imprécision du terme « fusion ». — Confusion à éviter	75
§ 2. — Les définitions de la fusion dans la jurisprudence	76
§ 3. — Les définitions de la fusion dans la doctrine.	82
§ 4. — Les éléments caractéristiques de la fusion. Définition proposée	83
§ 5. — La définition proposée permet de distinguer la fusion proprement juridique des autres expressions économiques de la concentration des sociétés. — Application du critérium proposé.....	91
Conclusion.....	99
Chapitre II. — Réalisation de la fusion.....	100
Section A. — Préparation de la fusion.....	100
Section B. — De la personne des contractants : Quelles sont les personnes morales entre lesquelles peut avoir lieu la fusion ?.....	104
Section C.....	106
§ 1. — Des pouvoirs des représentants légaux des sociétés.....	106
§ 2. — Des pouvoirs du liquidateur	106
§ 3. — Des pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire. — Question de l'unanimité dans le silence des statuts	141
Section D	122
§ 1. — Formalités à remplir	122
§ 2. — Des formalités qui ne sont pas la vérification des apports en nature	125
§ 3. — De la vérification des apports en nature....	134
Section E. — Modes et modalités de la fusion	144
§ 1. — Modes de la fusion.....	144
§ 2. — Modalités de la fusion.....	150

Section F. — Terme final de la fusion : l'échange de titres	155
Chapitre III. — Effets du contrat de fusion.....	158
Section A. — Droits des créanciers.....	158
§ 1. — Des créanciers en général.....	158
§ 2. — Des obligataires en particulier.....	166
Section B. — Droits des porteurs de parts.....	174
§ 1. — De la nature de la part de fondateur.....	174
§ 2. — Droits des porteurs de parts en cas de fusion.	177
§ 3. — Calcul de l'indemnité attribuée aux porteurs de parts pour le préjudice à eux causé par la fusion	182
§ 4. — Assemblées, sociétés de porteurs de parts..	185
Chapitre IV. — Des causes de cessation des effets du contrat de fusion. — Notions préliminaires.....	189
Section A. — Sanctions quant à l'acte : nullités de droit commun, nullités de droit public	191
§ 1. — Nullités de droit commun.....	191
§ 2. — Nullités d'ordre public.....	195
Section B. — Les sanctions quant aux auteurs responsables du contrat de fusion nul ou annulable.	
— La majoration des apports comme cause de responsabilité la plus fréquemment invoquée....	198
§ 1. — Qui peut être responsable?.....	198
§ 2. — Quelles sont les sanctions de cette responsabilité	201
CONCLUSION.	202

Appendice sur la législation fiscale.

Le droit proportionnel de vente est-il dû sur le passif d'une société dont l'avoir entier est apporté avec la charge de ce passif, à une autre société qui l'absorbe?	203
<i>Fusion des Sociétés.</i>	16

§ 1. — Exposé de la controverse	206
§ 2. — La thèse soutenue par l'Enregistrement et admise par la jurisprudence : droit proportionnel de 0,20 0/0 sur l'actif net, droit proportionnel de vente sur le passif apporté.....	207
§ 3. — La thèse doctrinale de « l'universalité » : le droit proportionnel de 0,20 0/0 sur l'actif net est seul perçu	209
§ 4. — Troisième thèse : le contrat de fusion n'est pas un contrat de société : l'apport de l'actif net est soumis au droit de mutation aussi bien que l'apport du passif.....	215
§ 5. — Conclusion. — Recherche d'un compromis entre la thèse de l'Enregistrement, admise par la jurisprudence, et la thèse de « l'universalité » : assujettissement au droit proportionnel de 2 francs pour 1.000 de l'actif brut et du passif additionnés.	217
ANNEXE. — Jugements et arrêts ayant contribué à la formation de la jurisprudence actuelle en matière de fusion.....	223
INDEX BIBLIOGRAPHIQUE.....	237





